INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

REPORTS OF JUDGMENTS,
ADVISORY OPINIONS AND ORDERS

WHALING IN THE ANTARCTIC

(AUSTRALIA *v.* JAPAN: NEW ZEALAND intervening)

JUDGMENT OF 31 MARCH 2014

2014

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

RECUEIL DES ARRÊTS,
AVIS CONSULTATIFS ET ORDONNANCES

CHASSE À LA BALEINE DANS L'ANTARCTIQUE

(AUSTRALIE c. JAPON; NOUVELLE-ZÉLANDE (intervenant))

ARRÊT DU 31 MARS 2014

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

REPORTS OF JUDGMENTS,
ADVISORY OPINIONS AND ORDERS

WHALING IN THE ANTARCTIC

(AUSTRALIA *v.* JAPAN: NEW ZEALAND intervening)

JUDGMENT OF 31 MARCH 2014

2014

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

RECUEIL DES ARRÊTS,
AVIS CONSULTATIFS ET ORDONNANCES

CHASSE À LA BALEINE DANS L'ANTARCTIQUE

(AUSTRALIE c. JAPON; NOUVELLE-ZÉLANDE (intervenant))

ARRÊT DU 31 MARS 2014

Official citation:
Whaling in the Antarctic (Australia v. *Japan: New Zealand intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2014*, p. 226

Mode officiel de citation:
Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon; Nouvelle-Zélande (intervenant)), arrêt, C.I.J. Recueil 2014, p. 226

ISSN 0074-4441
ISBN 978-92-1-071178-4

Sales number
N° de vente: **1062**

31 MARCH 2014

JUDGMENT

WHALING IN THE ANTARCTIC

(AUSTRALIA *v.* JAPAN: NEW ZEALAND intervening)

CHASSE À LA BALEINE DANS L'ANTARCTIQUE

(AUSTRALIE c. JAPON; NOUVELLE-ZÉLANDE (intervenant))

31 MARS 2014

ARRÊT

TABLE OF CONTENTS

	Paragraphs
CHRONOLOGY OF THE PROCEDURE	1-29
I. JURISDICTION OF THE COURT	30-41
II. ALLEGED VIOLATIONS OF INTERNATIONAL OBLIGATIONS UNDER THE CONVENTION	42-243
1. Introduction	42-50
A. General overview of the Convention	42-47
B. Claims by Australia and response by Japan	48-50
2. Interpretation of Article VIII, paragraph 1, of the Convention	51-97
A. The function of Article VIII	51-55
B. The relationship between Article VIII and the object and purpose of the Convention	56-58
C. The issuance of special permits	59-61
D. The standard of review	62-69
E. Meaning of the phrase "for purposes of scientific research"	70-97
(a) The term "scientific research"	73-86
(b) The meaning of the term "for purposes of" in Article VIII, paragraph 1	87-97
3. JARPA II in light of Article VIII of the Convention	98-227
A. Description of the programmes	100-126
(a) JARPA	100-108
(b) JARPA II	109-126
(i) Research objectives	113-118
(ii) Research period and area	119-120
(iii) Research methods and sample size	121-125
(iv) Effect on whale stocks	126
B. Whether the design and implementation of JARPA II are reasonable in relation to achieving the programme's stated research objectives	127-227
(a) Japan's decisions regarding the use of lethal methods	128-144
(b) The scale of the use of lethal methods in JARPA II	145-212
(i) A comparison of JARPA II sample sizes to JARPA sample sizes	147-156

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
QUALITÉS	1-29
I. COMPÉTENCE DE LA COUR	30-41
II. VIOLATIONS ALLÉGUÉES D'OBLIGATIONS INTERNATIONALES PRÉVUES PAR LA CONVENTION	42-243
1. Introduction	42-50
A. Présentation générale de la convention	42-47
B. Griefs de l'Australie et réponse du Japon	48-50
2. Interprétation du paragraphe 1 de l'article VIII de la convention	51-97
A. La fonction de l'article VIII	51-55
B. La relation entre l'article VIII et l'objet et le but de la convention	56-58
C. La délivrance de permis spéciaux	59-61
D. Le critère d'examen	62-69
E. Le sens de l'expression «en vue de recherches scientifiques»	70-97
a) La notion de «recherches scientifiques»	73-86
b) Le sens de la locution «en vue de» au paragraphe 1 de l'article VIII	87-97
3. JARPA II au regard de l'article VIII de la convention	98-227
A. Description des deux programmes	100-126
a) JARPA	100-108
b) JARPA II	109-125
i) Les objectifs de la recherche	113-118
ii) La période et la zone de recherche	119-120
iii) Les méthodes de recherche et la taille des échantillons	121-125
iv) Les conséquences sur les populations de baleines	126
B. La question de savoir si la conception et la mise en œuvre de JARPA II sont raisonnables au regard des objectifs de recherche annoncés	127-227
a) Les décisions du Japon relatives au recours à des méthodes létales	128-144
b) L'ampleur du recours aux méthodes létales dans le cadre de JARPA II	145-212
i) Comparaison entre les tailles d'échantillon de JARPA II et de JARPA	147-156

(ii) Determination of species-specific sample sizes 157-198

(1) Fin and humpback whales 174-181
(2) Antarctic minke whales 182-198

(iii) Comparison of sample size to actual take 199-212

(c) Additional aspects of the design and implementation of JARPA II 213-222

(i) Open-ended time frame 214-216
(ii) Scientific output of JARPA II to date 217-219
(iii) Co-operation with other research institutions 220-222

(d) Conclusion regarding the application of Article VIII, paragraph 1, to JARPA II 223-227

4. Conclusions regarding alleged violations of the Schedule 228-233

5. Alleged non-compliance by Japan with its obligations under paragraph 30 of the Schedule 234-243

III. REMEDIES 244-246

OPERATIVE CLAUSE 247

ii) Détermination des tailles d'échantillon pour chaque espèce 157-198
1) Rorquals communs et baleines à bosse 174-181
2) Petits rorquals de l'Antarctique 182-198
iii) Comparaison entre les tailles d'échantillon et les prises effectives 199-212
c) Autres aspects de la conception et de la mise en œuvre de JARPA II 213-222
i) Absence de limite dans le temps 214-216
ii) Apports scientifiques de JARPA II à ce jour 217-219
iii) Coopération avec d'autres organismes de recherche 220-222
d) Conclusion concernant l'application du paragraphe 1 de l'article VIII à JARPA II 223-227
4. Conclusions concernant les allégations de violation des dispositions du règlement 228-233
5. Manquement allégué aux obligations incombant au Japon au titre du paragraphe 30 du règlement 234-243
III. Remèdes 244-246
Dispositif 247

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

YEAR 2014

2014
31 March
General List
No. 148

31 March 2014

WHALING IN THE ANTARCTIC

(AUSTRALIA *v.* JAPAN: NEW ZEALAND intervening)

Jurisdiction of the Court — Parties' declarations under Article 36, paragraph 2, of the Statute — Australia's reservation — Disputes "concerning or relating to the delimitation of maritime zones" or "arising out of, concerning, or relating to the exploitation of any disputed area of or adjacent to any such maritime zone pending its delimitation" — Dispute concerning maritime delimitation must exist for the reservation to be applicable — No dispute as to maritime delimitation between the Parties — Reservation not applicable — Japan's objection to the Court's jurisdiction cannot be upheld.

*

Alleged violations of the International Convention for the Regulation of Whaling.

Origins of the Convention — Schedule to the Convention — International Whaling Commission — The Scientific Committee and its role — Guidelines issued by the Commission.

Interpretation of Article VIII, paragraph 1, of the Convention — Article VIII to be interpreted in light of the object and purpose of the Convention — Neither a restrictive nor an expansive interpretation of Article VIII justified — Issuance of special permits under Article VIII to kill, take and treat whales for purposes of scientific research — Existence and limits of a State party's discretion under Article VIII — Standard of review to be applied by the Court when reviewing special permits granted under Article VIII — Whether programme involves scientific research — Whether, in the use of lethal methods, the programme's design and implementation are reasonable in relation to achieving its stated objectives — Objective character of the standard of review — The Court not called upon to resolve matters of scientific or whaling policy — The Court's task only to ascertain whether special permits granted in relation to JARPA II fall within scope of Arti-

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

ANNÉE 2014

31 mars 2014

2014
31 mars
Rôle général
n° 148

CHASSE À LA BALEINE DANS L'ANTARCTIQUE

(AUSTRALIE c. JAPON ; NOUVELLE-ZÉLANDE (intervenant))

Compétence de la Cour — Déclarations faites par les Parties en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut — Réserve de l'Australie — Différends « relatifs à la délimitation de zones maritimes ou en rapport avec cette délimitation » ou « découlant de l'exploitation de toute zone objet d'un différend adjacente à une telle zone maritime en attente de délimitation ou en faisant partie, concernant une telle exploitation ou en rapport avec celle-ci » — Applicabilité de la réserve subordonnée à l'existence d'un différend en matière de délimitation maritime — Absence de différend en matière de délimitation maritime entre les Parties — Réserve non applicable — Exception d'incompétence soulevée par le Japon ne pouvant être accueillie.

*

Violations alléguées de la convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine.

Genèse de la convention — Règlement annexé à la convention — Commission baleinière internationale — Comité scientifique et rôle de ce comité — Lignes directrices établies par la commission.

Interprétation du paragraphe 1 de l'article VIII de la convention — Article VIII devant être interprété à la lumière de l'objet et du but de la convention — Article VIII ne devant donner lieu ni à interprétation restrictive ni à interprétation extensive — Délivrance de permis spéciaux au titre de l'article VIII autorisant la mise à mort, la capture et le traitement de baleines en vue de recherches scientifiques — Existence et limites du pouvoir discrétionnaire conféré à un Etat partie par l'article VIII — Critère appliqué par la Cour pour se prononcer sur la délivrance de permis spéciaux au titre de l'article VIII — Question de savoir si le programme comporte des recherches scientifiques — Question de savoir si, en ce qui concerne le recours à des méthodes létales, la conception et la mise en œuvre du programme sont raisonnables au regard de ses objectifs déclarés — Caractère objectif du critère d'examen — Cour n'étant pas appelée à trancher des questions de politique scientifique ou baleinière — Tâche

cle VIII, paragraph 1 — Meaning of the phrase "for purposes of scientific research" in Article VIII, paragraph 1 — Meaning of the terms "scientific research" and "for purposes of" — Term "scientific research" not defined in the Convention — Four criteria for "scientific research" advanced by Australia — Criteria advanced by Australia not adopted by the Court — No need for the Court to devise alternative criteria or to offer a general definition of "scientific research" — Meaning of the term "for purposes of" — Irrelevance of the intentions of individual government officials — Research objectives alone must be sufficient to justify programme as designed and implemented.

JARPA II in light of Article VIII of the Convention.

Description of JARPA — Description of JARPA II — Four research objectives identified in JARPA II Research Plan — No specified termination date stated in Research Plan — Programme operates in Southern Ocean Sanctuary established in paragraph 7 (b) *of the Schedule to the Convention — Mix of lethal and non-lethal methods indicated in JARPA II Research Plan — Sample sizes for fin and humpback whales according to Research Plan — Sample size for minke whales according to Research Plan — No effect on whale stocks according to Research Plan.*

Application of standard of review to JARPA II — Japan's decisions regarding the use of lethal methods — Non-lethal methods not feasible at least for some of data sought by JARPA II researchers — No basis to conclude that use of lethal methods is per se unreasonable in context of JARPA II — Research Plan should have included some analysis of feasibility of non-lethal methods — No evidence of studies of feasibility or practicability of non-lethal methods — Scale of use of lethal methods in JARPA II — Comparison of JARPA II sample sizes to JARPA sample sizes — Similarities in programmes cast doubt on argument that JARPA II objectives call for increased minke whale sample size — Japan's decision to proceed with JARPA II sample sizes prior to final review of JARPA — Five-step process for determination of sample sizes — Determination of sample sizes for fin and humpback whales — Effect on sample size of using 12-year research period for fin and humpback whales — Sample size for fin and humpback whales not large enough to produce statistically relevant information on at least one central research item — Research Plan provides only limited information regarding basis for calculation of fin and humpback whale sample size — Determination of sample size for minke whales — Research Plan lacks transparency in reasons for selecting particular sample sizes for individual research items — Effect on sample size of using six-year research period for minke whales — No explanation how disparate research periods for three whale species is compatible with research objectives — Lack of transparency regarding decisions made in selecting sample sizes for individual research items — Evidence provides scant justification for underlying decisions that generate overall sample size — Gap between target sample sizes and actual take — Evidence suggests target sample sizes larger than reasonable in relation to objectives — Open-ended time frame of JARPA II inconsistent with Annex P — Scientific output of JARPA II to date minimal — Co-operation with other research institutions limited — JARPA II involves activities that can broadly be characterized as scientific research — Evidence does not establish that design and implementation of programme are reasonable in relation to stated objectives — Special permits granted in connection with

de la Cour se limitant à s'assurer que les permis spéciaux accordés dans le cadre de JARPA II entrent dans le champ du paragraphe 1 de l'article VIII — Sens de l'expression « en vue de recherches scientifiques » figurant au paragraphe 1 de l'article VIII — Sens des mots « recherches scientifiques » et « en vue de » — Notion de « recherches scientifiques » non définie dans la convention — Australie avançant quatre critères pour définir la « recherche scientifique » — Critères avancés par l'Australie non adoptés par la Cour — Nul besoin pour la Cour d'établir d'autres critères ou de proposer une définition générale de la notion de « recherches scientifiques » — Sens de la locution « en vue de » — Intentions de représentants du gouvernement dépourvues de pertinence — Objectifs de recherche devant être en eux-mêmes suffisants pour justifier le programme tel qu'il est conçu et mis en œuvre.

JARPA II au regard de l'article VIII de la convention.

Description de JARPA — Description de JARPA II — Quatre objectifs de recherche énoncés dans le plan de recherche de JARPA II — Date d'achèvement du programme non spécifiée dans le plan de recherche — Déroulement du programme dans le sanctuaire de l'océan Austral créé en vertu du paragraphe 7 b) *du règlement annexé à la convention — Plan de recherche de JARPA II associant le recours à des méthodes létales et à des méthodes non létales — Taille des échantillons de rorquals communs et de baleines à bosse selon le plan de recherche — Taille de l'échantillon de petits rorquals selon le plan de recherche — Absence d'effet préjudiciable sur les stocks de baleines selon le plan de recherche.*

Application à JARPA II du critère d'examen — Décisions du Japon relatives à l'emploi de méthodes létales — Impossibilité d'employer des méthodes non létales, au moins pour certaines données que les chercheurs de JARPA II souhaitent obtenir — Absence d'éléments permettant de conclure que l'emploi de méthodes létales n'est pas, en soi, raisonnable dans le cadre de JARPA II — Auteurs du plan de recherche ne s'étant pas posé la question de la faisabilité des méthodes non létales — Aucune trace d'études relatives au caractère scientifiquement ou pratiquement réalisable des méthodes non létales — Ampleur du recours aux méthodes létales dans le cadre de JARPA II — Comparaison entre les tailles d'échantillon de JARPA II et de JARPA — Similitudes entre les deux programmes jetant un doute sur l'argument selon lequel les objectifs de JARPA II requéraient d'augmenter la taille de l'échantillon de petits rorquals — Décision du Japon de fixer les tailles d'échantillon de JARPA II avant l'évaluation finale de JARPA — Processus de détermination des tailles d'échantillon en cinq étapes — Détermination de la taille des échantillons de rorquals communs et de baleines à bosse — Conséquences du choix d'une période de recherche de douze ans dans le cas des rorquals communs et des baleines à bosse sur la taille de l'échantillon — Taille des échantillons de rorquals communs et de baleines à bosse insuffisante pour produire des résultats statistiquement significatifs en ce qui concerne l'un, au moins, des principaux paramètres étudiés — Caractère partiel des informations fournies dans le plan de recherche quant aux bases de calcul de la taille des échantillons de rorquals communs et de baleines à bosse — Détermination de la taille de l'échantillon de petits rorquals — Manque de transparence du plan de recherche quant aux raisons ayant conduit au choix de telles tailles d'échantillon pour les différents paramètres étudiés — Conséquences du choix d'une période de recherche de six ans dans le cas des petits rorquals sur la taille de l'échantillon — Absence d'éléments expliquant comment le choix de périodes de recherche différentes pour les trois espèces est compatible avec les objectifs de recherche du programme — Manque de transparence quant au choix des tailles d'échantillon de chacun des paramètres étudiés — Eléments de preuve ne justifiant guère les décisions ayant présidé au choix de l'objectif de capture global — Ecart entre les objectifs de capture et les prises effectives — Eléments de preuve semblant indiquer des tailles d'échantillon supé-

JARPA II not "for purposes of scientific research" pursuant to Article VIII, paragraph 1.

Conclusions regarding alleged violations of paragraphs 7 (b)*, 10* (d) *and 10* (e) *of the Schedule — Whaling that falls outside Article VIII, paragraph 1, other than aboriginal subsistence whaling, is subject to these Schedule provisions — No need to evaluate whether JARPA II has attributes of commercial whaling — Moratorium on commercial whaling (paragraph 10* (e)*) — Zero catch limit — Japan has not acted in conformity with its obligations in each year it issued special permits — Factory ship moratorium (paragraph 10* (d)*) — Japan has not acted in conformity with its obligations in each of the seasons during which fin whales were taken, killed and treated in JARPA II — Southern Ocean Sanctuary (paragraph 7* (b)*) — Japan has not acted in conformity with its obligations in each of the seasons of JARPA II during which fin whales have been taken.*

Conclusions regarding alleged non-compliance with paragraph 30 of the Schedule — JARPA II Research Plan submitted for review by the Scientific Committee in advance of the granting of the first permit for the programme — JARPA II Research Plan sets forth information specified by paragraph 30 — Duty of co-operation with the Commission and its Scientific Committee — Japan has met the requirements of paragraph 30 as far as JARPA II is concerned.

*

Remedies — Measures going beyond declaratory relief warranted — Japan required to revoke any extant authorization, permit or licence to kill, take or treat whales in relation to JARPA II and refrain from granting any further permits in pursuance of that programme — No need to order additional remedy requested by Australia.

JUDGMENT

Present: *President* TOMKA; *Vice-President* SEPÚLVEDA-AMOR; *Judges* OWADA, ABRAHAM, KEITH, BENNOUNA, SKOTNIKOV, CANÇADO TRINDADE, YUSUF, GREENWOOD, XUE, DONOGHUE, GAJA, SEBUTINDE, BHANDARI; *Judge* ad hoc CHARLESWORTH; *Registrar* COUVREUR.

In the case concerning whaling in the Antarctic,

between

rieures à ce qui serait raisonnable au regard des objectifs — Absence de limite dans le temps de JARPA II incompatible avec l'annexe P — Apport scientifique de JARPA II minimal à ce jour — Coopération limitée avec les autres instituts de recherche — Activités de JARPA II susceptibles d'être globalement qualifiées de recherches scientifiques — Elements de preuve ne permettant pas d'établir que la conception et la mise en œuvre du programme sont raisonnables au regard de ses objectifs déclarés — Permis spéciaux au titre de JARPA II n'étant pas délivrés « en vue de recherches scientifiques » conformément au paragraphe 1 de l'article VIII.

Conclusions relatives aux violations alléguées des paragraphes 7 b), *10* d) *et 10* e) *du règlement — Activités de chasse à la baleine exclues des prévisions du paragraphe 1 de l'article VIII, hormis la chasse aborigène de subsistance, tombant sous le coup de ces dispositions du règlement — Nul besoin de déterminer si JARPA II est, à certains égards, de nature commerciale — Moratoire sur la chasse à la baleine à des fins commerciales (paragraphe 10* e)*) — Limite de capture fixée à zéro — Non-respect par le Japon de ses obligations pour chacune des années au cours desquelles il a accordé des permis spéciaux au titre de JARPA II — Moratoire sur les usines flottantes (paragraphe 10* d)*) — Non-respect par le Japon de ses obligations pour chacune des saisons au cours desquelles ont été capturés, mis à mort et traités des rorquals communs dans le cadre de JARPA II — Sanctuaire de l'océan Austral (paragraphe 7* b)*) — Non-respect par le Japon de ses obligations pour chacune des saisons au cours desquelles ont été capturés des rorquals communs dans le cadre de JARPA II.*

Conclusions relatives aux allégations de non-respect du paragraphe 30 du règlement — Plan de recherche de JARPA II soumis à l'examen du comité scientifique avant que ne soit délivré le premier permis au titre de ce programme — Informations requises par le paragraphe 30 fournies dans le plan de recherche de JARPA II — Devoir de coopération avec la commission et son comité scientifique — Japon ayant satisfait aux exigences du paragraphe 30 en ce qui concerne JARPA II.

*

Remèdes — Nécessité de prendre des mesures allant au-delà d'un jugement déclaratoire — Japon devant révoquer tout permis, autorisation ou licence déjà délivré pour mettre à mort, capturer ou traiter des baleines dans le cadre de JARPA II, et s'abstenir d'accorder tout nouveau permis au titre de ce programme — Nul besoin d'ordonner l'autre remède sollicité par l'Australie.

ARRÊT

Présents: M. TOMKA, *président*; M. SEPÚLVEDA-AMOR, *vice-président*; MM. OWADA, ABRAHAM, KEITH, BENNOUNA, SKOTNIKOV, CANÇADO TRINDADE, YUSUF, GREENWOOD, M^mes^ XUE, DONOGHUE, M. GAJA, M^me^ SEBUTINDE, M. BHANDARI, *juges*; M^me^ CHARLESWORTH, *juge ad hoc*; M. COUVREUR, *greffier*.

En l'affaire relative à la chasse à la baleine dans l'Antarctique,

entre

Australia,

represented by

Mr. Bill Campbell, Q.C., General Counsel (International Law), Attorney-General's Department,

as Agent, Counsel and Advocate;

H.E. Mr. Neil Mules, A.O., Ambassador of Australia to the Kingdom of the Netherlands,

as Co-Agent;

The Honourable Mark Dreyfus, Q.C., M.P., former Attorney-General of Australia,

Mr. Justin Gleeson, S.C., Solicitor-General of Australia,

Mr. James Crawford, A.C., S.C., F.B.A., Whewell Professor of International Law, University of Cambridge, member of the Institut de droit international, Barrister, Matrix Chambers, London,

Mr. Henry Burmester, A.O., Q.C., Special Counsel, Australian Government Solicitor,

Mr. Philippe Sands, Q.C., Professor of Law, University College London, Barrister, Matrix Chambers, London,

Ms Laurence Boisson de Chazournes, Professor of International Law, University of Geneva,

as Counsel and Advocates;

Ms Kate Cook, Barrister, Matrix Chambers, London,

Mr. Makane Mbengue, Associate Professor, University of Geneva,

as Counsel;

Ms Anne Sheehan, Acting Assistant Secretary, Attorney-General's Department,

Mr. Michael Johnson, Principal Legal Officer, Attorney-General's Department,

Ms Danielle Forrester, Principal Legal Officer, Attorney-General's Department,

Ms Stephanie Ierino, Acting Principal Legal Officer, Attorney-General's Department,

Ms Clare Gregory, Senior Legal Officer, Attorney-General's Department,

Ms Nicole Lyas, Acting Senior Legal Officer, Attorney-General's Department,

Ms Erin Maher, Legal Officer, Attorney-General's Department,

Mr. Richard Rowe, former Senior Legal Adviser, Department of Foreign Affairs and Trade,

Mr. Greg French, Assistant Secretary, Department of Foreign Affairs and Trade,

Mr. Jamie Cooper, Legal Officer, Department of Foreign Affairs and Trade,

Ms Donna Petrachenko, First Assistant Secretary, Department of Sustainability, Environment, Water, Population and Communities,

Mr. Peter Komidar, Director, Department of Sustainability, Environment, Water, Population and Communities,

Mr. Bill de la Mare, Scientist, Australian Antarctic Division, Department of Sustainability, Environment, Water, Population and Communities,

Mr. David Blumenthal, former Senior Adviser, Office of the Attorney-General,

Ms Giulia Baggio, former Senior Adviser, Office of the Attorney-General,

l'Australie,

représentée par

M. Bill Campbell, Q.C., *General Counsel* (droit international), services de l'*Attorney-General* d'Australie,

comme agent, conseil et avocat;

S. Exc. M. Neil Mules, A.O., ambassadeur d'Australie auprès du Royaume des Pays-Bas,

comme coagent;

l'honorable Mark Dreyfus, Q.C., M.P., ancien *Attorney-General* d'Australie,

M. Justin Gleeson, S.C., *Solicitor-General* d'Australie,
M. James Crawford, A.C., S.C., F.B.A., professeur de droit international, Cambridge University, titulaire de la chaire Whewell, membre de l'Institut de droit international, avocat, Matrix Chambers (Londres),
M. Henry Burmester, A.O., Q.C., *Special Counsel, Solicitor* du Gouvernement australien,
M. Philippe Sands, Q.C., professeur de droit, University College de Londres, avocat, Matrix Chambers (Londres),
M^me^ Laurence Boisson de Chazournes, professeur de droit international, Université de Genève,

comme conseils et avocats;

M^me^ Kate Cook, avocat, Matrix Chambers (Londres),
M. Makane Mbengue, professeur associé, Université de Genève,

comme conseils;

M^me^ Anne Sheehan, secrétaire adjoint par intérim, services de l'*Attorney-General*,
M. Michael Johnson, juriste principal, services de l'*Attorney-General*,
M^me^ Danielle Forrester, juriste principal, services de l'*Attorney-General*,
M^me^ Stephanie Ierino, juriste principal par intérim, services de l'*Attorney-General*,
M^me^ Clare Gregory, juriste hors classe, services de l'*Attorney-General*,
M^me^ Nicole Lyas, juriste hors classe par intérim, services de l'*Attorney-General*,
M^me^ Erin Maher, juriste, services de l'*Attorney-General*,
M. Richard Rowe, ancien juriste hors classe, ministère des affaires étrangères et du commerce,
M. Greg French, secrétaire adjoint, ministère des affaires étrangères et du commerce,
M. Jamie Cooper, juriste, ministère des affaires étrangères et du commerce,
M^me^ Donna Petrachenko, premier secrétaire adjoint, ministère du développement durable, de l'environnement, de l'eau, des populations et des communautés,
M. Peter Komidar, directeur, ministère du développement durable, de l'environnement, de l'eau, des populations et des communautés,
M. Bill de la Mare, scientifique, division de l'Antarctique australien, ministère du développement durable, de l'environnement, de l'eau, des populations et des communautés,
M. David Blumenthal, ancien conseiller principal, services de l'*Attorney-General*,
M^me^ Giulia Baggio, ancien premier secrétaire, conseiller principal, services de l'*Attorney-General*,

Mr. Todd Quinn, First Secretary, Embassy of Australia in the Kingdom of the Netherlands,

as Advisers;

Ms Mandy Williams, Administration Officer, Attorney-General's Department,

as Assistant,

and

Japan,

represented by

H.E. Mr. Koji Tsuruoka, Ambassador, Chief Negotiator for the Trans-Pacific Partnership Agreement Negotiations,

as Agent;

H.E. Mr. Yasumasa Nagamine, Deputy Minister for Foreign Affairs,
H.E. Mr. Masaru Tsuji, Ambassador Extraordinary and Plenipotentiary of Japan to the Kingdom of the Netherlands,

as Co-Agents;

Mr. Alain Pellet, Professor at the University of Paris Ouest, Nanterre-La Défense, President of the Société française pour le droit international, member of the Institut de droit international,
Mr. Vaughan Lowe, Q.C., member of the English Bar, Emeritus Professor of International Law, Oxford University, member of the Institut de droit international,
Mr. Alan Boyle, Professor of International Law at the University of Edinburgh, member of the English Bar,
Mr. Yuji Iwasawa, Professor of International Law at the University of Tokyo, member and former Chairperson of the Human Rights Committee,
Mr. Payam Akhavan, LL.M., S.J.D. (Harvard), Professor of International Law, McGill University, member of the Bar of New York and the Law Society of Upper Canada,
Mr. Shotaro Hamamoto, Professor of International Law, Kyoto University,
Ms Yukiko Takashiba, Deputy Director, ICJ Whaling Case Division, Ministry of Foreign Affairs,

as Counsel and Advocates;

Mr. Takane Sugihara, Emeritus Professor of International Law, Kyoto University,
Ms Atsuko Kanehara, Professor of International Law, Sophia University (Tokyo),
Mr. Masafumi Ishii, Director-General, International Legal Affairs Bureau, Ministry of Foreign Affairs,
Ms Alina Miron, Researcher, Centre de droit international de Nanterre (CEDIN), University of Paris Ouest, Nanterre-La Défense,

as Counsel;

Mr. Kenji Kagawa, Deputy Director-General, Fisheries Agency,
Mr. Noriyuki Shikata, Minister, Embassy of Japan in the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland,
Mr. Tomohiro Mikanagi, Director, International Legal Affairs Division, Ministry of Foreign Affairs,

M. Todd Quinn, premier secrétaire, ambassade d'Australie au Royaume des Pays-Bas,

comme conseillers;

Mme Mandy Williams, administrateur, services de l'*Attorney-General*,

comme assistant,

et

le Japon,

représenté par

S. Exc. M. Koji Tsuruoka, ambassadeur, négociateur en chef de l'accord de partenariat transpacifique,

comme agent;

S. Exc. M. Yasumasa Nagamine, ministre adjoint des affaires étrangères,
S. Exc. M. Masaru Tsuji, ambassadeur extraordinaire et plénipotentiaire du Japon auprès du Royaume des Pays-Bas,

comme coagents;

M. Alain Pellet, professeur à l'Université Paris Ouest, Nanterre-La Défense, président de la Société française pour le droit international, membre de l'Institut de droit international,
M. Vaughan Lowe, Q.C., membre du barreau d'Angleterre, professeur émérite de droit international, Oxford University, membre de l'Institut de droit international,
M. Alan Boyle, professeur de droit international, University of Edinburgh, membre du barreau d'Angleterre,
M. Yuji Iwasawa, professeur de droit international, Université de Tokyo, membre et ancien président du Comité des droits de l'homme,
M. Payam Akhavan, LL.M., S.J.D (Harvard), professeur de droit international, Université McGill, membre du barreau de New York et du barreau du Haut-Canada,
M. Shotaro Hamamoto, professeur de droit international, Université de Kyoto,
Mme Yukiko Takashiba, directeur adjoint, division chargée de l'affaire de la chasse à la baleine devant la CIJ, ministère des affaires étrangères,

comme conseils et avocats;

M. Takane Sugihara, professeur émérite de droit international, Université de Kyoto,
Mme Atsuko Kanehara, professeur de droit international, Sophia University (Tokyo),
M. Masafumi Ishii, directeur général, bureau des affaires juridiques internationales, ministère des affaires étrangères,
Mme Alina Miron, chercheur, Centre de droit international de Nanterre (CEDIN), Université Paris Ouest, Nanterre-La Défense,

comme conseils;

M. Kenji Kagawa, directeur général adjoint, agence des pêcheries,
M. Noriyuki Shikata, ministre, ambassade du Japon au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord,
M. Tomohiro Mikanagi, directeur, division des affaires juridiques internationales, ministère des affaires étrangères,

Mr. Joji Morishita, IWC Commissioner, Director-General, National Research Institute of Far Seas Fisheries,
Mr. Tatsuo Hirayama, Director, Fishery Division, Ministry of Foreign Affairs,
Mr. Takero Aoyama, Director, ICJ Whaling Case Division, Ministry of Foreign Affairs,
Mr. Naohisa Shibuya, Deputy Director, ICJ Whaling Case Division, Ministry of Foreign Affairs,
Ms Yuriko Akiyama, Ph.D., ICJ Whaling Case Division, Ministry of Foreign Affairs,
Mr. Masahiro Kato, ICJ Whaling Case Division, Ministry of Foreign Affairs,
Mr. Hideki Moronuki, Senior Fisheries Negotiator, International Affairs Division, Fisheries Agency,
Mr. Takaaki Sakamoto, Assistant Director, International Affairs Division, Fisheries Agency,
Mr. Shinji Hiruma, Assistant Director, International Affairs Division, Fisheries Agency,
Mr. Sadaharu Kodama, Legal Adviser, Embassy of Japan in the Kingdom of the Netherlands,
Mr. Nobuyuki Murai, LL.D., First Secretary, Embassy of Japan in the Kingdom of the Netherlands,
Ms Risa Saijo, LL.M., Researcher, Embassy of Japan in the Kingdom of the Netherlands,
Ms Héloïse Bajer-Pellet, member of the Paris Bar,

as Advisers;

Mr. Douglas Butterworth, Emeritus Professor, University of Cape Town,
Ms Judith E. Zeh, Ph.D., Research Professor Emeritus, University of Washington,

as Scientific Advisers and Experts;

Mr. Martin Pratt, Professor, Department of Geography, Durham University,

as Expert Adviser;

Mr. James Harrison, Ph.D., Lecturer in International Law, University of Edinburgh,
Ms Amy Sander, member of the English Bar,
Mr. Jay Butler, Visiting Associate Professor of Law, George Washington University Law School, member of the New York Bar,

as Legal Advisers,

with New Zealand,

as a State whose Declaration of Intervention has been admitted by the Court,

represented by

Ms Penelope Ridings, International Legal Adviser, Ministry of Foreign Affairs and Trade,

as Agent, Counsel and Advocate;

H.E. Mr. George Troup, Ambassador of New Zealand to the Kingdom of the Netherlands,

as Co-Agent;

M. Joji Morishita, commissaire auprès de la CBI, directeur général, institut national de recherche sur les pêcheries en eaux lointaines,
M. Tatsuo Hirayama, directeur, division des pêcheries, ministère des affaires étrangères,
M. Takero Aoyama, directeur, division chargée de l'affaire de la chasse à la baleine devant la CIJ, ministère des affaires étrangères,
M. Naohisa Shibuya, directeur adjoint, division chargée de l'affaire de la chasse à la baleine devant la CIJ, ministère des affaires étrangères,
Mme Yuriko Akiyama, Ph.D., division chargée de l'affaire de la chasse à la baleine devant la CIJ, ministère des affaires étrangères,
M. Masahiro Kato, division chargée de l'affaire de la chasse à la baleine devant la CIJ, ministère des affaires étrangères,
M. Hideki Moronuki, négociateur principal pour les pêcheries, division des affaires internationales, agence des pêcheries,
M. Takaaki Sakamoto, sous-directeur, division des affaires internationales, agence des pêcheries,
M. Shinji Hiruma, sous-directeur, division des affaires internationales, agence des pêcheries,
M. Sadaharu Kodama, conseiller juridique, ambassade du Japon au Royaume des Pays-Bas,
M. Nobuyuki Murai, LL.D., premier secrétaire, ambassade du Japon au Royaume des Pays-Bas,
Mme Risa Saijo, LL.M., chercheur, ambassade du Japon au Royaume des Pays-Bas,
Mme Héloïse Bajer-Pellet, membre du barreau de Paris,

comme conseillers;

M. Douglas Butterworth, professeur émérite, University of Cape Town,
Mme Judith E. Zeh, Ph.D., chercheur, professeur émérite, University of Washington,

comme conseillers et experts scientifiques;

M. Martin Pratt, professeur, département de géographie, Durham University,

comme conseiller expert;

M. James Harrison, Ph.D., chargé de cours en droit international, Edinburgh University,
Mme Amy Sander, membre du barreau d'Angleterre,
M. Jay Butler, professeur associé invité, faculté de droit, George Washington University, membre du barreau de New York,

comme conseillers juridiques,

avec la Nouvelle-Zélande,

comme Etat dont la déclaration d'intervention a été jugée recevable par la Cour,

représentée par

Mme Penelope Ridings, conseiller juridique pour le droit international, ministère des affaires étrangères et du commerce,

comme agent, conseil et avocat;

S. Exc. M. George Troup, ambassadeur de Nouvelle-Zélande auprès du Royaume des Pays-Bas,

comme coagent;

The Honourable Christopher Finlayson Q.C., M.P., Attorney-General of New Zealand,

as Counsel and Advocate;

Ms Cheryl Gwyn, Deputy Solicitor-General, Crown Law Office,
Ms Elana Geddis, Barrister, Harbour Chambers, Wellington,

as Counsel;

Mr. Andrew Williams, Legal Adviser, Ministry of Foreign Affairs and Trade,

Mr. James Christmas, Private Secretary, Attorney-General's Office,
Mr. James Walker, Deputy Head of Mission, Embassy of New Zealand in the Kingdom of the Netherlands,
Mr. Paul Vinkenvleugel, Policy Adviser, Embassy of New Zealand in the Kingdom of the Netherlands,

as Advisers,

THE COURT,

composed as above,

after deliberation,

delivers the following Judgment:

1. On 31 May 2010, Australia filed in the Registry of the Court an Application instituting proceedings against Japan in respect of a dispute concerning

> "Japan's continued pursuit of a large-scale program of whaling under the Second Phase of its Japanese Whale Research Program under Special Permit in the Antarctic ('JARPA II'), in breach of obligations assumed by Japan under the International Convention for the Regulation of Whaling . . ., as well as its other international obligations for the preservation of marine mammals and the marine environment".

In its Application, Australia invoked as the basis for the jurisdiction of the Court the declarations made, pursuant to Article 36, paragraph 2, of the Statute of the Court, by Australia on 22 March 2002 and by Japan on 9 July 2007.

2. In accordance with Article 40, paragraph 2, of the Statute, the Registrar communicated the Application forthwith to the Government of Japan; and, pursuant to paragraph 3 of that Article, all other States entitled to appear before the Court were notified of the Application.

3. On the directions of the Court under Article 43 of the Rules of Court, the Registrar addressed to States parties to the International Convention for the Regulation of Whaling (hereinafter the "ICRW" or the "Convention") the notification provided for in Article 63, paragraph 1, of the Statute. In accordance with the provisions of Article 69, paragraph 3, of the Rules of Court, the Registrar also addressed to the International Whaling Commission (hereinafter the "IWC" or the "Commission") the notification provided for in Article 34, paragraph 3, of the Statute. The Commission indicated that it did not intend to submit any observations in writing under Article 69, paragraph 3, of the Rules of Court.

l'honorable Christopher Finlayson, Q.C., M.P., *Attorney-General* de Nouvelle-Zélande,

comme conseil et avocat ;

Mme Cheryl Gwyn, *Solicitor-General* adjoint, Crown Law Office,
Mme Elana Geddis, avocat, Harbour Chambers (Wellington),

comme conseils ;

M. Andrew Williams, conseiller juridique, ministère des affaires étrangères et du commerce,
M. James Christmas, chef de cabinet, services de l'*Attorney-General*,
M. James Walker, chef de mission adjoint, ambassade de Nouvelle-Zélande au Royaume des Pays-Bas,
M. Paul Vinkenvleugel, conseiller politique, ambassade de Nouvelle-Zélande au Royaume des Pays-Bas,

comme conseillers,

LA COUR,

ainsi composée,

après délibéré en chambre du conseil,

rend l'arrêt suivant :

1. Le 31 mai 2010, l'Australie a déposé au Greffe de la Cour une requête introductive d'instance contre le Japon au sujet d'un différend concernant

> «la poursuite de l'exécution par le Japon d'un vaste programme de chasse à la baleine dans le cadre de la deuxième phase du programme japonais de recherche scientifique sur les baleines dans l'Antarctique au titre d'un permis spécial («JARPA II»), en violation tant des obligations contractées par cet Etat aux termes de la convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine ... que d'autres obligations internationales relatives à la préservation des mammifères marins et de l'environnement marin».

Dans sa requête, l'Australie invoque comme base de compétence de la Cour les déclarations faites par l'Australie le 22 mars 2002 et par le Japon le 9 juillet 2007 en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour.

2. Conformément au paragraphe 2 de l'article 40 du Statut, le greffier a immédiatement communiqué la requête au Gouvernement japonais ; en application du paragraphe 3 du même article, tous les autres Etats admis à ester devant la Cour ont été informés du dépôt de la requête.

3. Sur les instructions données par la Cour en vertu de l'article 43 de son Règlement, le greffier a adressé aux Etats parties à la convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine (dénommée ci-après la «convention» ou la «convention de 1946») la notification prévue au paragraphe 1 de l'article 63 du Statut. Conformément aux dispositions du paragraphe 3 de l'article 69 du Règlement, le greffier a également adressé à la commission baleinière internationale (dénommée ci-après la «CBI» ou la «commission») la notification prévue au paragraphe 3 de l'article 34 du Statut. La commission a indiqué qu'elle n'entendait pas présenter d'observations écrites en vertu du paragraphe 3 de l'article 69 du Règlement.

4. Since the Court included upon the Bench no judge of Australian nationality, Australia proceeded to exercise its right conferred by Article 31, paragraph 2, of the Statute to choose a judge *ad hoc* to sit in the case; it chose Ms Hilary Charlesworth.

5. By an Order of 13 July 2010, the Court fixed 9 May 2011 and 9 March 2012 as the respective time-limits for the filing of the Memorial of Australia and the Counter-Memorial of Japan; those pleadings were duly filed within the time-limits thus prescribed.

6. On 23 April 2012, the President of the Court met with the Agents of the Parties in order to ascertain their views with regard to the organization of the oral proceedings. At this meeting, the Agent of Australia stated that his Government did not consider it necessary to organize a second round of written pleadings; the Agent of Japan, for his part, requested a second round of written pleadings.

The Court, having regard to Article 45, paragraph 2, of the Rules of Court, decided that a second round of written pleadings was not necessary. By letters dated 2 May 2012, the Registrar informed the Parties accordingly.

*

7. On 19 September 2012, the Government of New Zealand, referring to Article 53, paragraph 1, of the Rules of Court, requested the Court to furnish it with copies of the pleadings and documents annexed in the case. Having ascertained the views of the Parties pursuant to that same provision, the Court decided to grant this request. The documents in question were duly transmitted to New Zealand.

8. On 20 November 2012, New Zealand, pursuant to Article 63, paragraph 2, of the Statute, filed in the Registry of the Court a Declaration of Intervention in the case. In its Declaration, New Zealand stated that it "avail[ed] itself of the right . . . to intervene as a non-party in the proceedings brought by Australia against Japan in this case".

9. In accordance with Article 83, paragraph 1, of the Rules of Court, the Registrar, by letters dated 20 November 2012, transmitted certified copies of the Declaration of Intervention to the Governments of Australia and Japan, which were informed that the Court had fixed 21 December 2012 as the time-limit for the submission of written observations on that Declaration. In accordance with paragraph 2 of the same Article, the Registrar also transmitted a copy of the Declaration to the Secretary-General of the United Nations, as well as to States entitled to appear before the Court.

10. Australia and Japan each submitted written observations on New Zealand's Declaration of Intervention within the time-limit thus fixed. The Registrar transmitted to each Party a copy of the other's observations, and copies of the observations of both Parties to New Zealand.

11. In the light of Article 84, paragraph 2, of the Rules of Court, and considering the absence of objections from the Parties, the Court took the view that it was not necessary to hold hearings on the question of the admissibility of New Zealand's Declaration of Intervention.

12. By an Order of 6 February 2013, the Court decided that the Declaration of Intervention filed by New Zealand pursuant to Article 63, paragraph 2, of the

4. La Cour ne comptant sur le siège aucun juge de nationalité australienne, l'Australie s'est prévalue du droit que lui confère le paragraphe 2 de l'article 31 du Statut de procéder à la désignation d'un juge *ad hoc* pour siéger en l'affaire : elle a désigné M^me^ Hilary Charlesworth.

5. Par ordonnance du 13 juillet 2010, la Cour a fixé au 9 mai 2011 et au 9 mars 2012, respectivement, les dates d'expiration des délais pour le dépôt d'un mémoire par l'Australie et d'un contre-mémoire par le Japon ; ces pièces de procédure ont été dûment déposées dans les délais ainsi prescrits.

6. Le 23 avril 2012, le président de la Cour a tenu une réunion avec les agents des Parties afin de recueillir les vues de celles-ci sur l'organisation de la procédure orale. A cette réunion, l'agent de l'Australie a indiqué que son Gouvernement n'estimait pas nécessaire la tenue d'un second tour de procédure écrite ; l'agent du Japon a, pour sa part, demandé l'organisation d'un second tour.

La Cour, à la lumière des dispositions du paragraphe 2 de l'article 45 du Règlement, a décidé qu'un second tour de procédure écrite n'était pas nécessaire. Par lettres datées du 2 mai 2012, le greffier en a dûment informé les Parties.

*

7. Le 19 septembre 2012, le Gouvernement de la Nouvelle-Zélande, invoquant le paragraphe 1 de l'article 53 du Règlement, a demandé à la Cour de lui faire tenir copie des pièces de procédure et documents annexés produits en l'espèce. Ayant consulté les Parties conformément à cette même disposition, la Cour a décidé de faire droit à cette demande. Les documents ont été dûment communiqués à la Nouvelle-Zélande.

8. Le 20 novembre 2012, la Nouvelle-Zélande a, en vertu du paragraphe 2 de l'article 63 du Statut, déposé au Greffe une déclaration d'intervention en l'affaire. Dans sa déclaration, la Nouvelle-Zélande indiquait qu'elle «entend[ait] se prévaloir de son droit d'intervention ... en tant que non-partie à l'affaire portée devant la Cour par l'Australie à l'encontre du Japon».

9. Conformément au paragraphe 1 de l'article 83 du Règlement, le greffier, sous le couvert de lettres en date du 20 novembre 2012, a transmis des copies certifiées conformes de la déclaration d'intervention aux Gouvernements australien et japonais, en les informant que la Cour avait fixé au 21 décembre 2012 la date d'expiration du délai dans lequel ils pouvaient présenter leurs observations écrites sur cette déclaration. Conformément au paragraphe 2 de ce même article, il a également transmis copie de ladite déclaration au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, ainsi qu'aux Etats admis à ester devant la Cour.

10. L'Australie et le Japon ont présenté leurs observations écrites sur la déclaration d'intervention de la Nouvelle-Zélande dans les délais ainsi fixés. Le greffier a transmis à chaque Partie copie des observations de l'autre, et copie des observations des deux Parties à la Nouvelle-Zélande.

11. A la lumière du paragraphe 2 de l'article 84 de son Règlement, et compte tenu de l'absence d'objections des Parties, la Cour a estimé qu'il n'était pas nécessaire de tenir des audiences sur la question de la recevabilité de la déclaration d'intervention de la Nouvelle-Zélande.

12. Par ordonnance du 6 février 2013, la Cour a dit que la déclaration d'intervention déposée par la Nouvelle-Zélande au titre du paragraphe 2 de l'ar-

Statute was admissible. The Court also fixed 4 April 2013 as the time-limit for the filing by New Zealand of the written observations referred to in Article 86, paragraph 1, of the Rules of Court; moreover, it authorized the filing by Australia and Japan of written observations on those submitted by New Zealand, and fixed 31 May 2013 as the time-limit for such filing.

13. New Zealand duly filed its written observations within the time-limit thus fixed. The Registrar transmitted copies of New Zealand's written observations to the Parties.

Japan then filed, within the time-limit prescribed by the Court in its Order of 6 February 2013, its observations on those filed by New Zealand. The Registrar transmitted copies of Japan's written observations to Australia and to New Zealand.

Australia, for its part, notified the Court, by letter dated 31 May 2013, that it would not submit such observations, but that it "reserve[d] its right to address certain points raised in the written observations of New Zealand in the course of oral argument". The Registrar communicated copies of this letter to Japan and to New Zealand.

*

14. By letters dated 17 October 2012, the Registrar informed the Parties that the Court had requested that they provide, by 28 December 2012, information regarding expert evidence which they intended to produce, including the details referred to in Article 57 of the Rules of Court. The Registrar informed the Parties, moreover, that each Party would then be given an opportunity to comment on the other's communication, and if necessary to amend the information it had given, including the list of experts to be called at the hearing, by 28 January 2013. Finally, the Registrar informed the Parties that the Court had decided that each Party should communicate to it, by 15 April 2013, the full texts of the statements of the experts whom the Parties intended to call at the hearings.

15. By letters dated 18 December 2012 and 26 December 2012, respectively, the Agents of Australia and Japan each communicated information concerning one expert to be called at the hearing. By a letter dated 25 January 2013, the Co-Agent of Australia communicated such information regarding a second expert.

16. By letters dated 15 April 2013, the Parties communicated the full texts of the statements of the experts whom the Parties intended to call at the hearings. These texts were exchanged between the Parties and transmitted to New Zealand.

17. By letters dated 23 April 2013, the Registrar informed the Parties that the Court had decided that they could submit written statements in response to the statement submitted by each of the other Party's experts, and had fixed 31 May 2013 as the time-limit for such submission. Within the time-limit thus fixed, Australia submitted such statements in response from the two experts it would call at the hearing, and Japan submitted certain observations in response to the statements by the two experts to be called by Australia.

*

ticle 63 du Statut était recevable. La Cour a également fixé au 4 avril 2013 la date d'expiration du délai pour le dépôt par la Nouvelle-Zélande des observations écrites prévues au paragraphe 1 de l'article 86 du Règlement; elle a en outre autorisé le dépôt, par l'Australie et le Japon, d'observations écrites sur celles présentées par la Nouvelle-Zélande, et fixé au 31 mai 2013 la date d'expiration du délai à cet effet.

13. La Nouvelle-Zélande a dûment déposé ses observations écrites dans le délai ainsi fixé. Le greffier a transmis copie des observations écrites de la Nouvelle-Zélande aux Parties.

Le Japon a ensuite dûment déposé, dans le délai prescrit, ses observations écrites sur celles de la Nouvelle-Zélande. Le greffier a transmis copie des observations écrites du Japon à l'Australie et à la Nouvelle-Zélande.

L'Australie, pour sa part, a informé la Cour, par lettre datée du 31 mai 2013, qu'elle ne présenterait pas d'observations écrites, mais qu'elle «se réservait le droit d'aborder, au cours de la procédure orale, certains points soulevés dans les observations écrites de la Nouvelle-Zélande». Le greffier a transmis copie de cette lettre au Japon et à la Nouvelle-Zélande.

*

14. Par lettres datées du 17 octobre 2012, le greffier a informé les Parties que la Cour avait demandé qu'elles lui fassent connaître, le 28 décembre 2012 au plus tard, les preuves par expertise qu'elles entendaient invoquer, y compris les informations mentionnées à l'article 57 du Règlement. Le greffier a également informé les Parties que chacune d'elles se voyait accorder la possibilité de faire des observations sur la communication de l'autre et, si nécessaire, de modifier les informations qu'elle avait transmises à la Cour, y compris la liste des experts qu'elle souhaitait faire entendre à l'audience, dans un délai fixé au 28 janvier 2013. Enfin, le greffier a informé les Parties que la Cour avait décidé qu'elles devaient lui communiquer, le 15 avril 2013 au plus tard, les textes complets des exposés des experts qu'elles souhaitaient faire entendre à l'audience.

15. Par lettres datées du 18 décembre 2012 et du 26 décembre 2012, respectivement, les agents de l'Australie et du Japon ont communiqué des informations concernant l'expert que chaque Partie entendait présenter à l'audience. Par lettre datée du 25 janvier 2013, le coagent de l'Australie a ensuite communiqué des informations concernant un second expert.

16. Par lettres datées du 15 avril 2013, les Parties ont déposé les textes complets des exposés des experts qu'elles souhaitaient faire entendre à l'audience. Ces textes ont été échangés entre les Parties et communiqués à la Nouvelle-Zélande.

17. Par lettres datées du 23 avril 2013, le greffier a informé les Parties que la Cour avait décidé qu'elles pourraient présenter des observations écrites en réponse aux exposés soumis par chacun des experts de l'autre Partie, et qu'elle avait fixé au 31 mai 2013 la date d'expiration du délai pour le dépôt de ces observations. Dans le délai ainsi imparti, l'Australie a présenté les observations en réponse des deux experts qu'elle souhaitait faire entendre à l'audience, et le Japon a présenté certaines remarques en réponse sur les exposés de ces deux experts.

*

18. In accordance with Article 53, paragraph 2, of the Rules of Court, th Court, after ascertaining the views of the Parties, decided that copies of th pleadings and documents annexed would be made accessible to the public on th opening of the oral proceedings. After consulting the Parties and New Zealand the Court decided that the same should apply to the written observations of th intervening State and of the Parties on the subject-matter of the intervention, a well as to the written statements of experts called to give evidence in the case and the written statements and observations in response.

19. Public hearings were held between 26 June and 16 July 2013, at which th Court heard the oral arguments and replies of:

For Australia: Mr. Bill Campbell,
Mr. Justin Gleeson,
Ms Laurence Boisson de Chazournes,
Mr. Henry Burmester,
Mr. James Crawford,
Mr. Philippe Sands,
Mr. Mark Dreyfus.

For Japan: Mr. Koji Tsuruoka,
Mr. Alain Pellet,
Mr. Payam Akhavan,
Mr. Shotaro Hamamoto,
Mr. Alan Boyle,
Mr. Vaughan Lowe,
Ms Yukiko Takashiba,
Mr. Yuji Iwasawa.

For New Zealand: Ms Penelope Ridings,
Mr. Christopher Finlayson.

20. During the public hearings of 27 June 2013, Australia called the following experts: Mr. Marc Mangel, Distinguished Research Professor of Mathematical Biology and Director of the Center for Stock Assessment Research, University of California, Santa Cruz; and Mr. Nick Gales, Chief Scientist of the Australian Antarctic Program. Mr. Mangel was examined by Mr. Philippe Sands, counsel for Australia, and cross-examined by Mr. Vaughan Lowe, counsel for Japan. Mr. Gales was examined by Mr. Justin Gleeson, counsel for Australia, and cross-examined by Mr. Vaughan Lowe, counsel for Japan. He was then re-examined by Mr. Gleeson. Several judges put questions to Mr. Mangel and to Mr. Gales, to which they replied orally.

21. During the public hearing on the afternoon of 3 July 2013, Japan called Mr. Lars Walløe, Professor Emeritus of the University of Oslo and Scientific Adviser to the Norwegian Government on Marine Mammals. He was examined by Mr. Vaughan Lowe, counsel for Japan, and cross-examined by Mr. Justin Gleeson, counsel for Australia. Several judges put questions to Mr. Walløe, to which he replied orally.

22. At the hearings, some judges put questions to the Parties, and to New Zealand as intervening State, to which replies were given orally and in writing. The Parties and New Zealand presented their comments on those replies.

18. Conformément au paragraphe 2 de l'article 53 du Règlement, la Cour, après avoir recueilli l'avis des Parties, a décidé que des exemplaires des pièces de procédure et des documents annexés seraient rendus accessibles au public à l'ouverture de la procédure orale. Après avoir consulté les Parties et la Nouvelle-Zélande, la Cour a décidé qu'il en irait de même pour les observations écrites de l'Etat intervenant et des Parties sur l'objet de cette intervention, pour les exposés écrits établis par les experts invités à déposer en l'affaire, ainsi que pour les observations écrites et les remarques en réponse.

19. Des audiences publiques se sont tenues du 26 juin au 16 juillet 2013, au cours desquelles ont été entendus en leurs plaidoiries et réponses:

Pour l'Australie: M. Bill Campbell,
M. Justin Gleeson,
Mme Laurence Boisson de Chazournes,
M. Henry Burmester,
M. James Crawford,
M. Philippe Sands,
M. Mark Dreyfus.

Pour le Japon: M. Koji Tsuruoka,
M. Alain Pellet,
M. Payam Akhavan,
M. Shotaro Hamamoto,
M. Alan Boyle,
M. Vaughan Lowe,
Mme Yukiko Takashiba,
M. Yuji Iwasawa.

Pour la Nouvelle-Zélande: Mme Penelope Ridings,
M. Christopher Finlayson.

20. Au cours des audiences publiques du 27 juin 2013, l'Australie a fait entendre les experts suivants: M. Marc Mangel, chercheur et professeur émérite de biologie mathématique et directeur du Center for Stock Assessment Research (Centre de recherche sur l'évaluation des stocks) de l'Université de Californie, Santa Cruz; et M. Nick Gales, directeur scientifique du programme antarctique australien. M. Mangel a été soumis à un interrogatoire par M. Philippe Sands, conseil de l'Australie, et à un contre-interrogatoire par M. Vaughan Lowe, conseil du Japon. M. Gales a été soumis à un interrogatoire par M. Justin Gleeson, conseil de l'Australie, et à un contre-interrogatoire par M. Vaughan Lowe, conseil du Japon; il a ensuite été soumis à un nouvel interrogatoire par M. Gleeson. Plusieurs juges ont posé des questions à M. Mangel et à M. Gales, qui y ont répondu oralement.

21. Au cours de l'audience publique tenue dans l'après-midi du 3 juillet 2013, M. Lars Walløe, professeur émérite de l'Université d'Oslo et conseiller scientifique du Gouvernement norvégien concernant les mammifères marins, a été appelé à la barre par le Japon. Il a été soumis à un interrogatoire par M. Vaughan Lowe, conseil du Japon, et à un contre-interrogatoire par M. Justin Gleeson, conseil de l'Australie. Plusieurs juges ont posé des questions à M. Walløe, qui y a répondu oralement.

22. A l'audience, certains juges ont posé aux Parties et, en sa qualité d'Etat intervenant, à la Nouvelle-Zélande des questions auxquelles il a été répondu oralement et par écrit. Les Parties et la Nouvelle-Zélande ont présenté leurs observations sur ces réponses.

*

23. In its Application, Australia made the following claims:

"For [the] reasons [set forth in its Application], and reserving the right to supplement, amplify or amend the present Application, Australia requests the Court to adjudge and declare that Japan is in breach of its international obligations in implementing the JARPA II program in the Southern Ocean.

In addition, Australia requests the Court to order that Japan:

(a) cease implementation of JARPA II;
(b) revoke any authorizations, permits or licences allowing the activities which are the subject of this application to be undertaken; and
(c) provide assurances and guarantees that it will not take any further action under the JARPA II or any similar program until such program has been brought into conformity with its obligations under international law."

24. In the course of the written proceedings, the following submissions were presented by the Parties:

On behalf of the Government of Australia,

in the Memorial:

"1. For the reasons given in this Memorial, and reserving the right to supplement, amplify or amend the present submissions, Australia requests the Court to adjudge and declare that Japan is in breach of its international obligations in authorizing and implementing JARPA II in the Southern Ocean.

2. In particular, the Court is requested to adjudge and declare that, by its conduct, Japan has violated its international obligations to:

(a) observe the zero catch limit in relation to the killing of whales for commercial purposes;
(b) refrain from undertaking commercial whaling of fin whales in the Southern Ocean Sanctuary; and
(c) observe the moratorium on taking, killing or treating of whales, except minke whales, by factory ships or whale catchers attached to factory ships.

3. Further, the Court is requested to adjudge and declare that JARPA II is not a program for purposes of scientific research within the meaning of Article VIII of the International Convention for the Regulation of Whaling.

4. Further, the Court is requested to adjudge and declare that Japan shall:

(a) refrain from authorizing or implementing any special permit whaling which is not for purposes of scientific research within the meaning of Article VIII;
(b) cease with immediate effect the implementation of JARPA II; and
(c) revoke any authorization, permit or licence that allows the implementation of JARPA II."

On behalf of the Government of Japan,

in the Counter-Memorial:

23. Dans sa requête, l'Australie a formulé les demandes suivantes:

«Pour [l]es raisons [invoquées dans sa requête], tout en se réservant le droit de compléter, préciser ou modifier la présente requête, l'Australie prie la Cour de dire et juger que le Japon viole ses obligations internationales en exécutant le programme JARPA II dans l'océan Antarctique.

En outre, l'Australie prie la Cour d'ordonner au Japon:

a) de mettre fin à l'exécution du programme JARPA II;

b) de révoquer tout permis, autorisation ou licence permettant que soient entreprises les activités visées par la présente requête; et

c) de donner des assurances et des garanties qu'il n'entreprendra aucune nouvelle action dans le cadre dudit programme JARPA II ou de tout programme similaire tant qu'il n'aura pas rendu un tel programme conforme aux obligations qui sont les siennes en vertu du droit international.»

24. Au cours de la procédure écrite, les conclusions ci-après ont été présentées par les Parties:

Au nom du Gouvernement de l'Australie,

dans le mémoire:

«1. Pour les motifs exposés dans son mémoire, et se réservant le droit de compléter, préciser ou modifier les présentes conclusions, l'Australie prie la Cour de dire et juger que le fait d'autoriser et d'exécuter le programme JARPA II dans l'océan Austral constitue de la part du Japon une violation de ses obligations internationales.

2. Plus particulièrement, la Cour est priée de dire et juger que, par son comportement, le Japon a violé les obligations internationales suivantes, à savoir:

a) respecter la limite fixée à zéro s'agissant de la mise à mort de baleines à des fins commerciales;

b) s'abstenir d'entreprendre des activités de chasse au rorqual commun à des fins commerciales dans le sanctuaire de l'océan Austral;

c) respecter le moratoire interdisant la capture, la mise à mort ou le traitement des baleines, à l'exception des petits rorquals, par des usines flottantes ou des navires baleiniers rattachés à ces usines flottantes.

3. La Cour est également priée de dire et juger que le programme JARPA II n'est pas un programme mené en vue de recherches scientifiques au sens de l'article VIII de la convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine.

4. La Cour est en outre priée de dire et juger que le Japon doit:

a) s'abstenir d'autoriser ou d'exécuter toute opération de chasse à la baleine au titre d'un permis spécial qui ne serait pas menée en vue de recherches scientifiques au sens de l'article VIII;

b) mettre fin, avec effet immédiat, à l'exécution du programme JARPA II; et

c) révoquer tout permis, autorisation ou licence permettant la mise en œuvre du programme JARPA II.»

Au nom du Gouvernement du Japon,

dans le contre-mémoire:

"On the basis of the facts and arguments set out [in its Counter-Memorial], and reserving its right to supplement or amend these submissions, Japan requests that the Court adjudge and declare:

— that it lacks jurisdiction over the claims brought against Japan by Australia, referred to it by the Application of Australia of 31 May 2010;

— in the alternative, that the claims of Australia are rejected."

25. At the oral proceedings, the following submissions were presented by the Parties:

On behalf of the Government of Australia,

"1. Australia requests the Court to adjudge and declare that the Court has jurisdiction to hear the claims presented by Australia.

2. Australia requests the Court to adjudge and declare that Japan is in breach of its international obligations in authorizing and implementing the *Japanese Whale Research Program under Special Permit in the Antarctic Phase II* (JARPA II) in the Southern Ocean.

3. In particular, the Court is requested to adjudge and declare that, by its conduct, Japan has violated its international obligations pursuant to the International Convention for the Regulation of Whaling to:

(a) observe the zero catch limit in relation to the killing of whales for commercial purposes in paragraph 10 *(e)* of the Schedule;

(b) refrain from undertaking commercial whaling of fin whales in the Southern Ocean Sanctuary in paragraph 7 *(b)* of the Schedule;

(c) observe the moratorium on taking, killing or treating of whales, except minke whales, by factory ships or whale catchers attached to factory ships in paragraph 10 *(d)* of the Schedule; and

(d) comply with the requirements of paragraph 30 of the Schedule.

4. Further, the Court is requested to adjudge and declare that JARPA II is not a program for purposes of scientific research within the meaning of Article VIII of the International Convention for the Regulation of Whaling.

5. Further, the Court is requested to adjudge and declare that Japan shall:

(a) refrain from authorizing or implementing any special permit whaling which is not for purposes of scientific research within the meaning of Article VIII;

(b) cease with immediate effect the implementation of JARPA II; and

(c) revoke any authorization, permit or licence that allows the implementation of JARPA II."

On behalf of the Government of Japan,

"Japan requests that the Court adjudge and declare:

1. — that it lacks jurisdiction over the claims brought against Japan by Australia, referred to it by the Application of Australia of 31 May 2010; and

«Se fondant sur les faits et arguments exposés ci-dessus [dans son contre-mémoire], et se réservant le droit de compléter ou de modifier les présentes conclusions, le Japon:

— prie la Cour de dire et juger qu'elle n'a pas compétence pour connaître des demandes présentées à son encontre par l'Australie dans sa requête introductive d'instance du 31 mai 2010;
— à titre subsidiaire, prie la Cour de dire et juger que les demandes de l'Australie sont rejetées.»

25. Lors de la procédure orale, les conclusions ci-après ont été présentées par les Parties:

Au nom du Gouvernement de l'Australie,

«1. L'Australie prie la Cour de dire et juger qu'elle est compétente pour connaître des demandes présentées par l'Australie.

2. L'Australie prie également la Cour de dire et juger que le fait d'autoriser et d'exécuter *la deuxième phase du programme japonais de recherche scientifique sur les baleines dans l'Antarctique au titre d'un permis spécial* (JARPA II) dans l'océan Austral constitue de la part du Japon une violation de ses obligations internationales.

3. Plus particulièrement, la Cour est priée de dire et juger que, par son comportement, le Japon a violé ses obligations internationales au titre de la convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine, à savoir:

a) respecter, en application du paragraphe 10 *e)* du règlement, la limite fixée à zéro s'agissant de la mise à mort de baleines à des fins commerciales;
b) s'abstenir, en application du paragraphe 7 *b)* du règlement, d'entreprendre des activités de chasse au rorqual commun à des fins commerciales dans le sanctuaire de l'océan Austral;
c) respecter, en application du paragraphe 10 *d)* du règlement, le moratoire interdisant la capture, la mise à mort ou le traitement des baleines, à l'exception des petits rorquals, par des usines flottantes ou des navires baleiniers rattachés à ces usines flottantes; et
d) satisfaire aux exigences énoncées au paragraphe 30 du règlement.

4. La Cour est également priée de dire et juger que le programme JARPA II n'est pas un programme mené en vue de recherches scientifiques au sens de l'article VIII de la convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine.

5. La Cour est en outre priée de dire et juger que le Japon doit:

a) s'abstenir d'autoriser ou d'exécuter toute activité de chasse à la baleine au titre d'un permis spécial qui ne serait pas menée en vue de recherches scientifiques au sens de l'article VIII;
b) mettre fin, avec effet immédiat, à l'exécution du programme JARPA II; et
c) révoquer tout permis, autorisation ou licence permettant la mise en œuvre du programme JARPA II.»

Au nom du Gouvernement du Japon,

«Le Japon prie la Cour de dire et juger:

1. — qu'elle n'a pas compétence pour connaître des demandes présentées à son encontre par l'Australie dans sa requête introductive d'instance du 31 mai 2010; et

— that, consequently, the Application of New Zealand for permission to intervene in the proceedings instituted by Australia against Japan lapses;

2. in the alternative, that the claims of Australia are rejected."

*

26. At the end of the written observations submitted by it in accordance with Article 86, paragraph 1, of the Rules of Court, New Zealand stated:

"In summary, the provisions of Article VIII must be interpreted in good faith in their context and in light of the object and purpose of the Convention, taking account of subsequent practice of the parties and applicable rules of international law, as confirmed by supplementary means of interpretation. On the basis of those considerations, Article VIII is properly to be interpreted as follows:

(a) Article VIII forms an integral part of the system of collective regulation established by the Convention, not an exemption from it. As such, it cannot be applied to permit whaling where the effect of that whaling would be to circumvent the other obligations of the Convention or to undermine its object and purpose.

(b) Only whaling that is conducted 'in accordance with' Article VIII is exempt from the operation of the Convention.

(c) Article VIII only permits a Contracting Government to issue a Special Permit for the exclusive 'purposes of scientific research'. The purpose for which a Special Permit has been issued is a matter for objective determination, taking account of the programme's methodology, design and characteristics, including: the scale of the programme; its structure; the manner in which it is conducted; and its results.

(d) Article VIII requires a Contracting Government issuing a Special Permit to limit the number of whales to be killed under that permit to a level that is the lowest necessary for and proportionate to the objectives of that research, and that can be demonstrated will have no adverse effect on the conservation of stocks.

(e) A Contracting Government issuing a Special Permit must discharge its duty of meaningful co-operation, and demonstrate that it has taken proper account of the views of the Scientific Committee and the Commission.

(f) Only whaling under Special Permit that meets all three of the requirements of Article VIII outlined above is permitted under Article VIII."

27. In the written observations which the Court, by its Order of 6 February 2013, authorized the Parties to submit on those filed by New Zealand, Japan stated *inter alia*:

— "Japan submits that the Court should defer its consideration of New Zealand's request until it has decided whether it has jurisdiction to examine Australia's Application"; and [. . .]

— que, en conséquence, la requête par laquelle la Nouvelle-Zélande a demandé à intervenir dans l'instance introduite par l'Australie contre le Japon tombe;

2. à titre subsidiaire, que les demandes de l'Australie sont rejetées. »

*

26. Au terme des observations écrites qu'elle a présentées, conformément au paragraphe 1 de l'article 86 du Règlement, la Nouvelle-Zélande a indiqué ce qui suit:

« En résumé, les dispositions de l'article VIII doivent être interprétées de bonne foi, dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but de la convention, en tenant compte de la pratique ultérieure des parties et des règles de droit international applicables, telles que confirmées par des moyens complémentaires d'interprétation. Au vu de ces considérations, il convient d'interpréter l'article VIII comme suit:

a) L'article VIII fait partie intégrante du système de réglementation collective établi par la convention et ne constitue pas une dérogation à ce régime. En tant que tel, l'article VIII ne saurait être appliqué pour autoriser des activités de chasse à la baleine lorsque celles-ci ont pour effet de soustraire un Etat partie aux autres obligations de la convention ou de porter atteinte à son objet et à son but.

b) Seules peuvent être menées sans qu'il y ait lieu de se conformer aux dispositions de la convention des activités de chasse à la baleine respectant les conditions énoncées à l'article VIII.

c) L'article VIII n'autorise un gouvernement contractant à délivrer un permis spécial qu'aux seules fins de la recherche scientifique. Le but dans lequel un permis spécial est délivré doit pouvoir être établi de manière objective en prenant en compte la méthodologie, la conception d'ensemble et les caractéristiques du programme, y compris son ampleur, sa structure, ses modalités d'exécution et ses résultats.

d) L'article VIII exige d'un gouvernement contractant qui délivre un permis spécial qu'il limite le nombre de baleines tuées en vertu de ce permis au minimum indispensable, c'est-à-dire à un niveau proportionné à la réalisation des objectifs de ses recherches, et qu'il soit en mesure de démontrer qu'il ne sera pas porté préjudice à la conservation des stocks.

e) Un gouvernement contractant qui délivre un permis spécial doit s'acquitter de son devoir de coopération effective et démontrer qu'il a dûment tenu compte des vues du comité scientifique et de la commission.

f) Seules sont autorisées par l'article VIII les activités de chasse à la baleine soumises à un permis spécial qui réunissent les trois conditions prescrites par cet article et exposées ci-dessus. »

27. Dans les observations écrites que la Cour, par son ordonnance du 6 février 2013, a autorisé les Parties à déposer sur celles de la Nouvelle-Zélande, le Japon a notamment indiqué ce qui suit:

— « Le Japon soutient que la Cour devrait surseoir à l'examen de la demande de la Nouvelle-Zélande jusqu'à ce qu'elle ait statué sur sa compétence pour connaître de la requête déposée par l'Australie »; et [...]

— "New Zealand reaches erroneous conclusions on a number of points that are pertinent to the present case. New Zealand . . . misstates the scope of the discretion expressly reserved to the Contracting Governments by Article VIII of the ICRW, particularly in relation to research methods and sample sizes as well as to the duty of co-operation. New Zealand also attempts to reverse the burden of proof with regard to the precautionary approach, to the procedural duties incumbent upon Contracting Governments issuing special permits, and to the determination of what constitutes 'scientific purposes' under Article VIII of the ICRW. Japan submits that New Zealand's characterization of each of these points is incorrect.

— New Zealand implicitly requests the Court to substitute its own judgment for that of the Government of Japan as to the character of the special permits granted by Japan. It is respectfully submitted that the Court does not have such a power and cannot substitute its own appreciation for that of a Contracting Government granting a special permit."

28. Australia, for its part, did not submit any written observations (see paragraph 13 above).

29. At the end of the oral observations which it presented with respect to the subject-matter of its intervention, in accordance with Article 86, paragraph 2, of the Rules of Court, New Zealand stated *inter alia*:

"[T]he Convention establishes a system of collective regulation for the conservation and management of whale stocks. Article VIII must be interpreted in light of that object and purpose.

Article VIII permits the grant of special permits only to take whales 'for purposes of scientific research'. Japan has sought to mystify the determination of what is scientific research, and to accord for itself the right to decide whether a programme of whaling is for that purpose . . .

Even where a Contracting Government issues a special permit 'for purposes of scientific research', it is still required to ensure that the number of whales to be killed under that permit is the lowest necessary for, and proportionate to, the scientific purpose, and takes into account the collective interests of the parties. This is a matter for objective determination in light of the facts, as evidenced through the Guidelines and resolutions of the Scientific Committee and the Commission.

There is, in any case, a substantive duty of meaningful co-operation on a Contracting Government which proposes to issue a special permit. This requires it to show that it has taken into account the legitimate interests of the other parties to the Convention; that it has balanced the interests of all the parties in the conservation and management of whale stocks."

* * *

— «La Nouvelle-Zélande aboutit à des conclusions erronées sur un certain nombre de points qui sont pertinents aux fins de la présente espèce. Elle ... dénature la portée du pouvoir discrétionnaire expressément conféré aux gouvernements contractants par l'article VIII de la convention, en particulier quant aux méthodes de recherche et à la taille des échantillons, et au devoir de coopération. La Nouvelle-Zélande tente également de renverser la charge de la preuve en ce qui concerne l'approche de précaution, les obligations de nature procédurale incombant aux gouvernements contractants qui délivrent des permis spéciaux, ainsi que la détermination de ce qui constitue une activité menée «en vue de recherches scientifiques» aux termes de l'article VIII. Le Japon soutient que la façon dont la Nouvelle-Zélande aborde chacun de ces points est incorrecte.

— La Nouvelle-Zélande demande implicitement à la Cour de substituer son propre jugement à celui du Gouvernement japonais quant au caractère approprié des permis spéciaux délivrés par le Japon. Il est respectueusement rappelé que la Cour ne dispose pas d'un tel pouvoir et ne saurait substituer sa propre appréciation à celle d'un gouvernement contractant délivrant un permis spécial.»

28. L'Australie, pour sa part, n'a pas déposé d'observations écrites (voir paragraphe 13 ci-dessus).

29. Au terme des observations orales qu'elle a présentées sur l'objet de son intervention, conformément au paragraphe 2 de l'article 86 du Règlement, la Nouvelle-Zélande a notamment indiqué ce qui suit:

«[L]a convention établit un système de réglementation collective en vue de la conservation et de la gestion des populations de cétacés, et l'article VIII doit être interprété à la lumière de ces objet et but.

L'article VIII ne permet l'octroi de permis spéciaux de chasse à la baleine qu'«en vue de recherches scientifiques». Le Japon cherche à embrouiller la détermination de ce qu'est la recherche scientifique, et à s'arroger le droit de décider si un programme de chasse à la baleine poursuit effectivement un objectif scientifique ...

Même lorsqu'un Etat contractant délivre un permis spécial «en vue de recherches scientifiques», il reste tenu de veiller à ce que le nombre de cétacés devant être mis à mort au titre de ce permis soit limité au minimum nécessaire et soit proportionné à l'objectif scientifique poursuivi, et de prendre en considération les intérêts collectifs des parties. Il s'agit là d'une question à trancher objectivement à la lumière des faits, comme le montrent les lignes directrices et les résolutions du comité scientifique et de la commission.

Par ailleurs, l'Etat contractant qui se propose de délivrer un permis spécial est assujetti à un devoir substantiel de coopération effective qui lui impose de démontrer qu'il a pris en considération les intérêts légitimes des autres parties à la convention et qu'il a tenu compte de l'intérêt que présentent pour eux la conservation et la gestion des populations de cétacés.»

* * *

I. Jurisdiction of the Court

30. In the present case Australia contends that Japan has breached certain obligations under the ICRW to which both States are parties by issuing special permits to take whales within the framework of JARPA II. Japan maintains that its activities are lawful because the special permits are issued for "purposes of scientific research", as provided by Article VIII of the ICRW. The Court will first examine whether it has jurisdiction over the dispute.

31. Australia invokes as the basis of the Court's jurisdiction the declarations made by both Parties under Article 36, paragraph 2, of the Court's Statute. Australia's declaration of 22 March 2002 reads in relevant part as follows:

> "The Government of Australia declares that it recognizes as compulsory *ipso facto* and without special agreement, in relation to any other State accepting the same obligation, the jurisdiction of the International Court of Justice in conformity with paragraph 2 of Article 36 of the Statute of the Court, until such time as notice may be given to the Secretary-General of the United Nations withdrawing this declaration. This declaration is effective immediately.
>
> This declaration does not apply to:
>
> . . . . . .
>
> *(b)* any dispute concerning or relating to the delimitation of maritime zones, including the territorial sea, the exclusive economic zone and the continental shelf, or arising out of, concerning, or relating to the exploitation of any disputed area of or adjacent to any such maritime zone pending its delimitation."

Japan's declaration of 9 July 2007 reads in relevant part as follows:

> "Japan recognizes as compulsory *ipso facto* and without special agreement, in relation to any other State accepting the same obligation and on condition of reciprocity, the jurisdiction of the International Court of Justice, over all disputes arising on and after 15 September 1958 with regard to situations or facts subsequent to the same date and being not settled by other means of peaceful settlement."

32. Japan contests the jurisdiction of the Court over the dispute submitted by Australia with regard to JARPA II, arguing that it falls within Australia's reservation *(b)*, which it invokes on the basis of reciprocity. While acknowledging that this dispute does not concern or relate to the delimitation of maritime zones, Japan maintains that it is a dispute "arising out of, concerning, or relating to the exploitation of any disputed area of or adjacent to any such maritime zone pending its delimitation".

I. Compétence de la Cour

30. Dans la présente affaire, l'Australie soutient que, en délivrant des permis spéciaux en vue de capturer des baleines dans le cadre de JARPA II, le Japon a violé certaines des obligations que lui impose la convention, à laquelle les deux Etats sont parties. Le Japon fait valoir que ses activités sont licites, ces permis étant délivrés «en vue de recherches scientifiques» conformément à l'article VIII de la convention. La Cour commencera par examiner si elle a compétence pour connaître du présent différend.

31. Pour fonder la compétence de la Cour, l'Australie invoque les déclarations faites par les deux Parties en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour. Les passages pertinents de la déclaration de l'Australie en date du 22 mars 2002 se lisent comme suit:

> «Le Gouvernement australien déclare reconnaître comme obligatoire de plein droit et sans convention spéciale à l'égard de tout autre Etat acceptant la même obligation la juridiction de la Cour internationale de Justice, conformément au paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de cette dernière, tant qu'il n'aura pas notifié au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies le retrait de la présente déclaration. Cette déclaration prend effet immédiatement.
>
> La présente déclaration ne s'applique pas:
>
> . . . . . .
>
> *b)* à tout différend relatif à la délimitation de zones maritimes, y compris la mer territoriale, la zone économique exclusive et le plateau continental, ou en rapport avec cette délimitation ou découlant de l'exploitation de toute zone objet d'un différend adjacente à une telle zone maritime en attente de délimitation ou en faisant partie, concernant une telle exploitation ou en rapport avec celle-ci.»

Le passage pertinent de la déclaration du Japon en date du 9 juillet 2007 se lit comme suit:

> «[L]e Japon reconnaît comme obligatoire de plein droit et sans convention spéciale, à l'égard de tout autre Etat acceptant la même obligation, la juridiction de la Cour sur tous les différends survenus à compter du 15 septembre 1958 inclus à raison de situations ou de faits postérieurs à cette date et qui n'ont pas été réglés par d'autres moyens pacifiques.»

32. Le Japon conteste la compétence de la Cour pour connaître du différend dont l'a saisie l'Australie à propos de JARPA II, au motif qu'il relève du champ d'application de la réserve énoncée à l'alinéa *b)* de la déclaration australienne, qu'il invoque au titre de la réciprocité. S'il reconnaît que ce différend ne concerne pas la délimitation de zones maritimes, et n'est pas en rapport avec une telle délimitation, il soutient qu'il s'agit d'un litige «découlant de l'exploitation de toute zone objet d'un différend adjacente à une telle zone maritime en attente de délimitation ou en faisant partie, concernant une telle exploitation ou en rapport avec celle-ci».

In Japan's view, the latter part of Australia's reservation, introduced by the second conjunction "or", is separate from the first part, with the consequence that the reservation applies both to disputes on delimitation and to other kinds of disputes involving the exploitation of maritime zones or adjacent areas pending delimitation. Japan adds that this interpretation is in conformity with Australia's intention when making the declaration. According to Japan, the phrase "pending its delimitation" merely describes a point in time, but not the subject-matter of the dispute excluded from the Court's jurisdiction.

Japan maintains that the present dispute "relates to the exploitation" of a maritime zone claimed by Australia or of an area adjacent to such a zone. Japan argues that this would be the case under Australia's characterization of JARPA II as a programme for the commercial exploitation of whales, as well as under Japan's own characterization of JARPA II as a scientific research programme, given that the research conducted under JARPA II is "an element of the process leading to exploitation".

33. Japan further contends that the dispute between the Parties relates to a disputed area in the sense of the reservation, given that

> "the JARPA II programme is taking place in or around maritime areas Australia claims to be part of its exclusive economic zone (EEZ), the rights of which are generated, according to Australia's claims, by its purported sovereignty over a large part of the Antarctic continent".

In Japan's view, these maritime areas are disputed since it does not recognize Australia's claims and considers the areas in question to be part of the high seas. Conceding that the area of operation of JARPA II and the areas of the Southern Ocean claimed by Australia do not overlap precisely, Japan argues that this is irrelevant because the Australian reservation also includes the waters that are "adjacent" to the area in dispute, the term being understood broadly by Australia.

34. Australia rejects Japan's interpretation of its reservation, maintaining that

> "the reservation only operates in relation to disputes between Australia and another country with a maritime claim that overlaps with that of Australia — that is, a situation of delimitation. Australia has no delimitation [dispute] with Japan and hence the paragraph *(b)* reservation can have no operation."

It adds that "[i]n particular, the reservation does not cover a dispute concerning the validity, or otherwise, under the 1946 Convention, of Japan's JARPA II programme, a dispute entirely unconnected with any delimitation situation".

According to Australia, the intent underlying the reservation was to give effect to its "belief that its overlapping maritime claims are best resolved by negotiations", especially the complex maritime boundary delimitations with New Zealand and Timor-Leste that were ongoing at

Selon le Japon, la deuxième partie de la réserve de l'Australie, introduite par la deuxième conjonction «ou», est distincte de la première, de sorte que la réserve s'applique à la fois aux différends en matière de délimitation et à d'autres types de différends mettant en cause l'exploitation de zones maritimes en attente de délimitation ou de zones adjacentes à celles-ci. Cette interprétation, ajoute-t-il, est conforme à l'intention qui était celle de l'Australie au moment où elle a fait sa déclaration. Quant à l'expression «en attente de délimitation», elle ne décrit selon lui qu'un moment, et non l'objet du différend exclu de la compétence de la Cour.

Le Japon prétend que le présent différend est «en rapport avec l'exploitation» d'une zone maritime revendiquée par l'Australie ou d'une zone qui lui est adjacente, et ce, que JARPA II soit, comme le soutient l'Australie, un programme visant l'exploitation commerciale des baleines ou, comme il le soutient lui-même, un programme de recherche scientifique, dès lors que la recherche réalisée dans ce cadre est «un élément du processus aboutissant à l'exploitation».

33. Le Japon affirme en outre que le litige entre les Parties est en rapport avec une zone objet d'un différend, au sens de la réserve, étant donné que

> «JARPA II [est] mis en œuvre dans des espaces maritimes ou à proximité d'espaces maritimes qui, selon l'Australie, font partie de la zone économique exclusive (ZEE) à laquelle lui ouvrirait droit sa prétendue souveraineté sur une grande partie du continent antarctique».

Il considère que ces zones maritimes sont en litige puisqu'il ne reconnaît pas le bien-fondé des revendications de l'Australie et que, pour lui, les espaces maritimes en question font partie de la haute mer. S'il concède que la zone dans laquelle se déroule JARPA II et les zones de l'océan Austral revendiquées par l'Australie ne se recoupent pas exactement, le Japon juge néanmoins cet élément sans pertinence dès lors que la réserve de l'Australie couvre également les eaux «adjacentes» à la zone en litige, cet adjectif étant entendu au sens large par l'Australie.

34. L'Australie rejette cette interprétation donnée par le Japon, arguant que sa réserve

> «ne vaut que dans le cadre de différends [l']opposant ... à un autre pays au sujet de revendications maritimes concurrentes — autrement dit, dans une situation dans laquelle il est question d'une délimitation. Aucune [question de ce genre] ne l'oppose au Japon et, partant, la réserve énoncée à l'alinéa *b)* ne saurait trouver à s'appliquer.»

Elle ajoute que, «[e]n particulier, la réserve ne s'applique pas à un différend relatif à la validité ou au défaut de validité du programme JARPA II du Japon au regard de la convention de 1946, différend sans lien aucun avec une quelconque délimitation».

L'Australie soutient qu'elle a formulé cette réserve dans l'intention de traduire dans les faits la conviction qui était la sienne que «les revendications maritimes concurrentes d[evaient] de préférence être résolues par la voie de la négociation», ayant à l'esprit, à l'époque de sa déclaration, la

the time the declaration was made. Australia maintains that the wording of the reservation is to be understood against this background. Thus, the purpose of the second part of the reservation

> "is to make clear [that] the reservation extends beyond disputes over delimitation of maritime zones *per se*, to associated disputes concerning [the] exploitation of resources that may arise between the States with overlapping maritime claims pending delimitation".

Australia also contests Japan's view that the dispute over JARPA II is about "exploitation" in the sense of its reservation, arguing that the exploitation contemplated by the reservation is "exploitation of resources covered by a potential delimitation arrangement and not any exploitation unrelated to that delimitation situation that happens to occur in the relevant geographic area".

35. Australia furthermore contends that the geographic area of operation of JARPA II, which in any event extends well outside any waters claimed by it, cannot determine the Court's jurisdiction over a treaty dispute that is unrelated to the status of the waters in which the activity occurs. According to Australia, "[t]he dispute before the Court concerning compliance of JARPA II with the whaling Convention exists whether or not Australia asserts maritime zones adjacent to Antarctica and irrespective of any delimitation with adjacent claimants". Australia emphasizes that, in the maritime context, the word "delimitation" has a specific meaning, referring solely to "the fixing of boundaries between neighbouring States, whether adjacent or opposite".

36. The Court recalls that, when interpreting a declaration accepting its compulsory jurisdiction, it "must seek the interpretation which is in harmony with a natural and reasonable way of reading the text, having due regard to the intention" of the declaring State (*Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom* v. *Iran), Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1952*, p. 104). The Court noted in the *Fisheries Jurisdiction* case that it had "not hesitated to place a certain emphasis on the intention of the depositing State" (*Fisheries Jurisdiction (Spain* v. *Canada), Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, p. 454, para. 48). The Court further observed that

> "[t]he intention of a reserving State may be deduced not only from the text of the relevant clause, but also from the context in which the clause is to be read, and an examination of evidence regarding the circumstances of its preparation and the purposes intended to be served" (*ibid.*, p. 454, para. 49).

37. Reservation *(b)* contained in Australia's declaration (see paragraph 31 above) refers to disputes concerning "the delimitation of mari-

complexité des délimitations maritimes qui étaient en cours entre elle-même et la Nouvelle-Zélande ou le Timor-Leste. C'est donc dans ce contexte que doit, selon elle, s'interpréter le libellé de cette réserve. Ainsi, l'objet de la deuxième partie de cette réserve serait

> «de préciser que [celle-ci] couvre non seulement les différends relatifs à la délimitation d'espaces maritimes proprement dits, mais aussi les différends connexes concernant l'exploitation de ressources qui sont susceptibles de voir le jour entre Etats ayant des revendications maritimes concurrentes, dans l'attente d'une délimitation».

L'Australie conteste également le point de vue du Japon selon lequel le différend suscité par JARPA II aurait pour enjeu l'«exploitation» au sens où doit s'entendre cette notion dans sa réserve, celle-ci visant, selon elle, «l'exploitation de ressources susceptible d'être couverte par un accord de délimitation et non toute exploitation sans rapport aucun avec cette question de délimitation, dont il se trouve qu'elle a lieu dans la même zone géographique».

35. L'Australie soutient en outre que la zone géographique couverte par JARPA II, qui en tout état de cause s'étend bien au-delà de tout espace maritime qu'elle revendique, ne saurait déterminer la compétence de la Cour pour connaître d'un différend relatif à un traité qui ne met nullement en jeu le statut des eaux dans lesquelles a lieu l'activité en cause. Elle affirme que «[l]e présent différend relatif à la conformité de JARPA II à la convention sur la chasse à la baleine existe, que l'Australie revendique ou non des espaces maritimes jouxtant l'Antarctique et indépendamment de toute délimitation avec des Etats revendiquant des espaces adjacents». Elle souligne que le mot «délimitation», dans le contexte maritime, a un sens bien précis, et désigne uniquement le fait de «fixer des frontières entre des Etats voisins, que leurs côtes soient adjacentes ou qu'elles se fassent face».

36. La Cour rappellera que, lorsqu'elle interprète une déclaration d'acceptation de sa juridiction obligatoire, elle «doit rechercher l'interprétation qui est en harmonie avec la manière naturelle et raisonnable de lire le texte, eu égard à l'intention» de l'Etat qui en est l'auteur (*Anglo-Iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran), exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1952*, p. 104). La Cour a observé dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries* qu'elle n'avait «pas manqué de mettre l'accent sur l'intention de l'Etat qui dépose une telle déclaration» (*Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada), compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 454, par. 48). Elle a en outre observé que

> «[l]'intention d'un Etat qui a formulé une réserve p[ouvait] être déduite non seulement du texte même de la clause pertinente, mais aussi du contexte dans lequel celle-ci d[evait] être lue et d'un examen des éléments de preuve relatifs aux circonstances de son élaboration et aux buts recherchés» (*ibid.*, p. 454, par. 49).

37. La réserve contenue à l'alinéa *b)* de la déclaration de l'Australie (voir ci-dessus, paragraphe 31) vise les différends relatifs à «la délimita-

time zones" or to those "arising out of, concerning, or relating to the exploitation of any disputed area of or adjacent to any such maritime zone pending its delimitation". The wording of the second part of the reservation is closely linked to that of the first part. The reservation thus has to be read as a unity. The disputes to which the reservation refers must either concern maritime delimitation in an area where there are overlapping claims or the exploitation of such an area or of an area adjacent thereto. The existence of a dispute concerning maritime delimitation between the Parties is required according to both parts of the reservation.

38. The meaning which results from the text of the reservation is confirmed by the intention stated by Australia when it made its declaration accepting the compulsory jurisdiction of the Court. According to a press release issued by the Attorney-General and the Minister for Foreign Affairs of Australia on 25 March 2002, the reservation excluded "disputes involv[ing] maritime boundary delimitation or disputes concerning the exploitation of an area in dispute or adjacent to an area in dispute". The same statement is contained in the National Interest Analysis submitted by the Attorney-General to Parliament on 18 June 2002, which referred to "maritime boundary disputes" as the object of the reservation. Thus, the reservation was intended to cover, apart from disputes concerning the delimitation of maritime zones, those relating to the exploitation of an area in respect of which a dispute on delimitation exists, or of a maritime area adjacent to such an area. The condition of a dispute between the parties to the case concerning delimitation of the maritime zones in question was clearly implied.

39. Both Parties acknowledge that the dispute before the Court is not a dispute about maritime delimitation. The question remains whether JARPA II involves the exploitation of an area which is the subject of a dispute relating to delimitation or of an area adjacent to it.

Part of the whaling activities envisaged in JARPA II take place in the maritime zone claimed by Australia as relating to the asserted Australian Antarctic Territory or in an adjacent area. Moreover, the taking of whales, especially in considerable numbers, could be viewed as a form of exploitation of a maritime area even if this occurs according to a programme for scientific research. However, while Japan has contested Australia's maritime claims generated by the asserted Australian Antarctic Territory, it does not claim to have any sovereign rights in those areas. The fact that Japan questions those maritime entitlements does not render the delimitation of these maritime areas under dispute as between the Parties. As the Court stated in the *Territorial and Maritime Dispute* case, "the task of delimitation consists in resolving the overlapping claims by drawing a line of separation between the maritime areas concerned" (*Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Judgment, I.C.J. Reports 2012 (II)*, pp. 674-675, para. 141). There are no overlap-

tion de zones maritimes» ou les différends «découlant de l'exploitation de toute zone objet d'un différend adjacente à [de] telle[s] zone[s] maritime[s] en attente de délimitation ou en faisant partie, concernant une telle exploitation ou en rapport avec celle-ci». Le libellé de sa deuxième partie est en étroite relation avec celui de la première partie. La réserve doit donc être lue comme formant un tout: les différends qu'elle vise doivent soit concerner une délimitation maritime dans une zone où des revendications se chevauchent, soit concerner l'exploitation d'une telle zone ou d'une zone adjacente à celle-ci. L'existence d'un différend relatif à la délimitation maritime entre les Etats en cause est requise aux termes de la première comme de la seconde partie de la réserve.

38. Le sens qui se déduit du texte de la réserve est confirmé par l'intention exprimée par l'Australie lorsqu'elle a formulé sa déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour. D'après un communiqué de presse publié par l'*Attorney-General* et le ministre australien des affaires étrangères le 25 mars 2002, la réserve exclut «les différends mettant en jeu la délimitation d'une frontière maritime ou concernant l'exploitation d'une zone en litige ou adjacente à une zone en litige». Tel est également ce qui ressort du document intitulé «National Interest Analysis» (analyse de l'intérêt national), soumis au Parlement par l'*Attorney-General* le 18 juin 2002, aux termes duquel la réserve vise les «différends en matière de délimitation maritime». La réserve a donc pour but de couvrir, outre les différends relatifs à la délimitation de zones maritimes, ceux en rapport avec l'exploitation d'une zone maritime faisant l'objet d'un tel différend ou d'une zone maritime qui lui serait adjacente. Elle implique clairement qu'un différend en matière de délimitation doit exister entre les parties en présence relativement aux zones maritimes concernées.

39. Les deux Parties reconnaissent qu'aucune délimitation maritime n'est en jeu dans le différend dont la Cour est saisie. Reste la question de savoir si JARPA II couvre l'exploitation d'une zone faisant l'objet d'un différend en matière de délimitation ou d'une zone qui lui serait adjacente.

Une partie des activités de chasse à la baleine envisagées dans le cadre de JARPA II se dérouient dans la zone maritime revendiquée par l'Australie en relation avec le Territoire antarctique australien sur lequel celle-ci fait valoir des droits ou dans une zone qui lui est adjacente. En outre, la capture de baleines, tout particulièrement en nombre élevé, pourrait être considérée comme une forme d'exploitation d'une zone maritime, même si elle intervient dans le cadre d'un programme mené à des fins de recherche scientifique. Toutefois, si le Japon a contesté les revendications de l'Australie à l'égard des espaces maritimes générés par le Territoire antarctique australien sur lequel celle-ci fait valoir des droits, il n'a pas prétendu y détenir de droits souverains. Or, de ce que le Japon conteste ces revendications, il ne s'ensuit pas que la délimitation des espaces maritimes en question soit l'objet d'un différend entre les Parties. Comme la Cour l'a dit en l'affaire du *Différend territorial et maritime*, «la délimitation consist[e] à résoudre la question du chevauchement des revendica-

ping claims of the Parties to the present proceedings which may render reservation *(b)* applicable.

40. Moreover, it is significant that Australia alleges that Japan has breached certain obligations under the ICRW and does not contend that JARPA II is unlawful because the whaling activities envisaged in the programme take place in the maritime zones over which Australia asserts sovereign rights or in adjacent areas. The nature and extent of the claimed maritime zones are therefore immaterial to the present dispute, which is about whether or not Japan's activities are compatible with its obligations under the ICRW.

41. The Court therefore concludes that Japan's objection to the Court's jurisdiction cannot be upheld.

II. Alleged Violations of International Obligations under the Convention

1. Introduction

A. General overview of the Convention

42. The present proceedings concern the interpretation of the International Convention for the Regulation of Whaling and the question whether special permits granted for JARPA II are for purposes of scientific research within the meaning of Article VIII, paragraph 1, of the Convention. Before examining the relevant issues, the Court finds it useful to provide a general overview of the Convention and its origins.

43. The ICRW was preceded by two multilateral treaties relating to whaling. The Convention for the Regulation of Whaling, adopted in 1931, was prompted by concerns over the sustainability of the whaling industry. This industry had increased dramatically following the advent of factory ships and other technological innovations that made it possible to conduct extensive whaling in areas far from land stations, including in the waters off Antarctica. The 1931 Convention prohibited the killing of certain categories of whales and required whaling operations by vessels of States parties to be licensed, but failed to address the increase in overall catch levels.

This increase in catch levels and a concurrent decline in the price of whale oil led to the adoption of the 1937 International Agreement for the

tions en traçant une ligne de séparation entre les espaces maritimes concernés» (*Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie), arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (II)*, p. 674, par. 141). Les Parties à la présente instance n'ont pas formulé de revendications concurrentes qui rendraient applicable la réserve énoncée à l'alinéa *b)*.

40. De surcroît, il importe de relever que l'Australie fait grief au Japon d'avoir violé certaines des obligations que lui impose la convention; elle n'affirme pas que JARPA II est illicite au motif que les activités de chasse prévues dans le cadre de ce programme se dérouleraient dans les zones maritimes sur lesquelles elle revendique des droits souverains ou dans des zones adjacentes à celles-ci. La nature et l'étendue des zones maritimes faisant l'objet d'une revendication ne sont dès lors pas pertinentes aux fins du présent différend, qui porte sur la question de savoir si les activités du Japon sont ou non compatibles avec les obligations qui incombent à celui-ci au titre de la convention.

41. La Cour en conclut que l'exception d'incompétence du Japon ne peut être retenue.

II. Violations alléguées d'obligations internationales prévues par la convention

1. Introduction

A. Présentation générale de la convention

42. La présente instance concerne l'interprétation de la convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine et la question de savoir si les permis spéciaux délivrés dans le cadre de JARPA II le sont à des fins de recherche scientifique au sens du paragraphe 1 de l'article VIII de la convention. Avant d'examiner les questions qui se posent à cet égard, la Cour juge utile de donner un aperçu général de cet instrument et de sa genèse.

43. Avant l'adoption de la convention de 1946, la chasse à la baleine avait déjà fait l'objet de deux traités multilatéraux. La convention pour la réglementation de la chasse à la baleine avait ainsi été adoptée en 1931, en réponse aux préoccupations qui s'étaient fait jour quant à la pérennité de l'industrie baleinière, laquelle avait connu un essor spectaculaire avec l'apparition des usines flottantes et l'introduction d'autres innovations technologiques ayant rendu possible une généralisation de ce type de chasse loin des stations terrestres, y compris au large de l'Antarctique. La convention de 1931 interdisait la mise à mort de certaines espèces de baleines et imposait aux navires des Etats parties l'obligation de se procurer une licence avant de se livrer à des activités de chasse à la baleine, mais ne réglait pas la question de l'augmentation du volume total des captures.

Cette augmentation du volume des captures et la chute concomitante des cours de l'huile de baleine conduisirent à l'adoption de l'accord inter-

Regulation of Whaling (hereinafter "the 1937 Agreement"). The Preambl of this Agreement expressed the desire of the States parties "to secure th prosperity of the whaling industry and, for that purpose, to maintain th stock of whales". The treaty prohibited the taking of certain catego ries of whales, designated seasons for different types of whaling, closed certain geographic areas to whaling and imposed further regulations on the industry. As had already been the case under the 1931 Convention, States parties were required to collect from all the whales taken certain biological information which, together with other statistical data, was to be transmitted to the International Bureau for Whaling Statistics in Nor way. The 1937 Agreement also provided for the issuance by a "Contract ing Government . . . to any of its nationals [of] a special permit authorizing that national to kill, take and treat whales for purposes of scientific research". Three Protocols to the 1937 Agreement subsequently placed some additional restrictions on whaling activities.

44. In 1946, an international conference on whaling was convened on the initiative of the United States. The aims of the conference, as described by Mr. Dean Acheson, then Acting Secretary of State of the United States, in his opening address, were "to provide for the co-ordination and codification of existant regulations" and to establish an "effective administrative machinery for the modification of these regulations from time to time in the future as conditions may require". The conference adopted, on 2 December 1946, the International Convention for the Regulation of Whaling, the only authentic text of which is in the English language. The Convention entered into force for Australia on 10 November 1948 and for Japan on 21 April 1951. New Zealand deposited its instru ment of ratification on 2 August 1949, but gave notice of withdrawal on 3 October 1968; it adhered again to the Convention with effect from 15 June 1976.

45. In contrast to the 1931 and 1937 treaties, the text of the ICRW does not contain substantive provisions regulating the conservation of whale stocks or the management of the whaling industry. These are to be found in the Schedule, which "forms an integral part" of the Convention, as is stated in Article I, paragraph 1, of the latter. The Schedule is subject to amendments, to be adopted by the IWC. This Commission, established under Article III, paragraph 1, of the Convention, is given a significant role in the regulation of whaling. It is "composed of one member from each Contracting Government". The adoption by the Commission of amendments to the Schedule requires a three-fourths majority of votes cast (Art. III, para. 2). An amendment becomes binding on a State party unless it presents an objection, in which case the amendment does not become effective in respect of that State until the objection is withdrawn. The Commission has amended the Schedule many times. The functions conferred on the Commission have made the Convention an evolving instrument.

national pour la réglementation de la chasse à la baleine de 1937. Dans le préambule de cet accord, les Etats parties exprimaient leur désir «d'assurer la prospérité de l'industrie baleinière et, à cette fin, de protéger l'espèce baleinière». Ce traité interdisait la capture de certaines espèces de baleines, définissait des saisons pour différents types de chasse, fermait certaines zones géographiques à la chasse et encadrait l'industrie baleinière au moyen de nouvelles réglementations. A l'instar de la convention de 1931, l'accord de 1937 imposait aux Etats parties, pour chaque spécimen prélevé, de recueillir certains renseignements biologiques qu'ils devaient, conjointement avec d'autres renseignements statistiques, communiquer au bureau international des statistiques baleinières, en Norvège. Cet accord prévoyait également qu'un «gouvernement contractant pourra[it] accorder à l'un quelconque de ses ressortissants un permis spécial autorisant l'intéressé à tuer, capturer et traiter des baleines en vue de recherches scientifiques». Trois protocoles à l'accord de 1937 allaient encore imposer de nouvelles restrictions aux activités de chasse.

44. En 1946, une conférence internationale sur la chasse à la baleine fut organisée à l'initiative des Etats-Unis. L'objet de cette conférence, tel que décrit en introduction de la séance d'ouverture par Dean Acheson, alors secrétaire d'Etat par intérim des Etats-Unis, était «de coordonner et de codifier les réglementations en vigueur» et d'établir «un mécanisme administratif efficace pour la modification éventuelle de ces réglementations, si les circonstances l'exige[aient]». La conférence adopta, le 2 décembre 1946, la convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine, dont seul le texte anglais fait foi. La convention est entrée en vigueur pour l'Australie le 10 novembre 1948 et pour le Japon le 21 avril 1951. La Nouvelle-Zélande a déposé son instrument de ratification le 2 août 1949, mais a notifié son retrait le 3 octobre 1968, avant d'adhérer de nouveau à la convention; cette adhésion a pris effet à compter du 15 juin 1976.

45. A la différence des traités de 1931 et de 1937, le texte de la convention de 1946 ne contient pas de dispositions de fond régissant la conservation des stocks de baleines ou la gestion de l'industrie baleinière. C'est dans le règlement qui lui est annexé, et qui, ainsi qu'énoncé au paragraphe 1 de l'article premier de la convention, «en fait partie intégrante», que l'on trouve de telles dispositions. Le règlement peut faire l'objet de modifications, dont l'adoption est du ressort de la commission. Cette commission, créée en vertu du paragraphe 1 de l'article III de la convention, s'est vu confier un rôle important dans la réglementation de la chasse à la baleine. Elle «se compose d'un membre par Etat contractant». L'adoption de modifications au règlement requiert la majorité des trois quarts de ses membres votants (art. III, par. 2). Tout Etat partie est lié par une modification, à moins qu'il n'y fasse objection, auquel cas la modification n'entre en vigueur à son égard que lorsqu'il retire son objection. La commission a modifié le règlement à de nombreuses reprises. Du fait des fonctions conférées à cette instance, la convention est un instrument en constante évolution.

Among the objects of possible amendments, Article V, paragraph 1, of the Convention lists

> "fixing *(a)* protected and unprotected species . . . *(c)* open and closed waters, including the designation of sanctuary areas . . . *(e)* time, methods, and intensity of whaling (including the maximum catch of whales to be taken in any one season), *(f)* types and specifications of gear and apparatus and appliances which may be used".

Amendments to the Schedule "shall be such as are necessary to carry out the objectives and purposes of this Convention and to provide for the conservation, development, and optimum utilization of the whale resources" and "shall be based on scientific findings" (Art. V, para. 2).

46. Article VI of the Convention states that "[t]he Commission may from time to time make recommendations to any or all Contracting Governments on any matters which relate to whales or whaling and to the objectives and purposes of this Convention". These recommendations, which take the form of resolutions, are not binding. However, when they are adopted by consensus or by a unanimous vote, they may be relevant for the interpretation of the Convention or its Schedule.

47. In 1950, the Commission established a Scientific Committee (hereinafter the "Scientific Committee" or "Committee"). The Committee is composed primarily of scientists nominated by the States parties. However, advisers from intergovernmental organizations and scientists who have not been nominated by States parties may be invited to participate in a non-voting capacity.

The Scientific Committee assists the Commission in discharging its functions, in particular those relating to "studies and investigations relating to whales and whaling" (Article IV of the Convention). It analyses information available to States parties "with respect to whales and whaling" and submitted by them in compliance with their obligations under Article VIII, paragraph 3, of the Convention. It contributes to making "scientific findings" on the basis of which amendments to the Schedule may be adopted by the Commission (Art. V, para. 2 *(b)*). According to paragraph 30 of the Schedule, adopted in 1979, the Scientific Committee reviews and comments on special permits before they are issued by States parties to their nationals for purposes of scientific research under Article VIII, paragraph 1, of the Convention. The Scientific Committee has not been empowered to make any binding assessment in this regard. It communicates to the Commission its views on programmes for scientific research, including the views of individual members, in the form of reports or recommendations. However, when there is a division of opinion, the Committee generally refrains from formally adopting the majority view.

Since the mid-1980s, the Scientific Committee has conducted its review of special permits on the basis of "Guidelines" issued or endorsed by the

Au paragraphe 1 de son article V, la convention mentionne, entre autres questions pouvant faire l'objet de telles modifications:

> «*a)* les espèces protégées et non protégées; — *c)* les eaux ouvertes ou fermées à la chasse, y compris la délimitation des zones de refuge; — *e)* l'époque, les méthodes et l'intensité des opérations de chasse (y compris le nombre maximal de prises autorisées pendant une saison donnée); *f)* les types et caractéristiques des engins, appareils et instruments pouvant être utilisés».

Les modifications elles-mêmes doivent «s'inspirer de la nécessité d'atteindre les objectifs et les buts de la convention et d'assurer la conservation, le développement et l'utilisation optimal des ressources baleinières», et «se fonder sur des données scientifiques» (art. V, par. 2).

46. L'article VI de la convention énonce que «[l]a commission pourra formuler de temps à autre, à l'intention de l'un quelconque ou de tous les gouvernements contractants, des recommandations à propos de questions ayant trait soit aux baleines et à la chasse à la baleine, soit aux objectifs et aux buts de la présente convention». Ces recommandations, adoptées sous forme de résolutions, n'ont pas force obligatoire. Cependant, lorsqu'elles sont adoptées par consensus ou à l'unanimité, elles peuvent être pertinentes aux fins de l'interprétation de la convention ou du règlement qui lui est annexé.

47. En 1950, la commission a établi un comité scientifique. Si celui-ci se compose principalement de scientifiques désignés par les Etats parties, il peut toutefois s'adjoindre des conseillers issus d'organisations intergouvernementales et des scientifiques qui n'ont pas été désignés par un Etat partie, et qui n'ont alors pas le droit de vote.

Le comité scientifique aide la commission à s'acquitter de ses fonctions, en particulier en ce qui concerne les «études et [les] enquêtes sur les baleines et la chasse à la baleine» (article IV de la convention). Il analyse les renseignements y relatifs que les Etats parties ont en leur possession et qu'ils lui soumettent conformément aux obligations qui sont les leurs en vertu du paragraphe 3 de l'article VIII de la convention. Il contribue à établir des «données scientifiques», sur le fondement desquelles la commission pourra modifier le règlement (art. V, par. 2 *b)*). Aux termes du paragraphe 30 de celui-ci, adopté en 1979, le comité examine les permis spéciaux avant que les Etats parties ne les délivrent à leurs ressortissants à des fins de recherche scientifique en vertu du paragraphe 1 de l'article VIII de la convention, et émet un avis à leur égard. Le comité n'est pas habilité à formuler une appréciation de nature contraignante sur les propositions de permis. Il communique à la commission ses vues sur les programmes de recherche scientifique, y compris celles de ses membres individuels, sous forme de rapports ou de recommandations, mais, lorsque les opinions divergent, il s'abstient généralement d'adopter formellement le point de vue majoritaire.

Depuis le milieu des années 1980, le comité scientifique procède à l'examen des permis spéciaux sur la base des «lignes directrices» établies ou

Commission. At the time that JARPA II was proposed in 2005, the applicable Guidelines had been collected in a document entitled "Annex Y: Guidelines for the Review of Scientific Permit Proposals" (hereinafter "Annex Y"). The current Guidelines, which were elaborated by the Scientific Committee and endorsed by the Commission in 2008 (and then further revised in 2012), are set forth in a document entitled "Annex P: Process for the Review of Special Permit Proposals and Research Results from Existing and Completed Permits" (hereinafter "Annex P").

B. Claims by Australia and response by Japan

48. Australia alleges that JARPA II is not a programme for purposes of scientific research within the meaning of Article VIII of the Convention. In Australia's view, it follows from this that Japan has breached and continues to breach certain of its obligations under the Schedule to the ICRW. Australia's claims concern compliance with the following substantive obligations: (1) the obligation to respect the moratorium setting zero catch limits for the killing of whales from all stocks for commercial purposes (para. 10 *(e)*); (2) the obligation not to undertake commercial whaling of fin whales in the Southern Ocean Sanctuary (para. 7 *(b)*); and (3) the obligation to observe the moratorium on the taking, killing or treating of whales, except minke whales, by factory ships or whale catchers attached to factory ships (para. 10 *(d)*). Moreover, according to Australia's final submissions, when authorizing JARPA II, Japan also failed to comply with the procedural requirements set out in paragraph 30 of the Schedule for proposed scientific permits.

49. Japan contests all the alleged breaches. With regard to the substantive obligations under the Schedule, Japan argues that none of the obligations invoked by Australia applies to JARPA II, because this programme has been undertaken for purposes of scientific research and is therefore covered by the exemption provided for in Article VIII, paragraph 1, of the Convention. Japan also contends that there has been no breach of the procedural requirements stated in paragraph 30 of the Schedule.

50. The issues concerning the interpretation and application of Article VIII of the Convention are central to the present case and will be examined first.

2. Interpretation of Article VIII, Paragraph 1, of the Convention

A. The function of Article VIII

51. Article VIII, paragraph 1, of the Convention reads as follows:

"Notwithstanding anything contained in this Convention any Contracting Government may grant to any of its nationals a special

approuvées par la commission. A l'époque où JARPA II a été proposé en 2005, les lignes directrices applicables avaient été rassemblées dans un document intitulé «Annexe Y: Lignes directrices relatives à l'examen des propositions de permis» (ci-après l'«annexe Y»). Les lignes directrices actuelles, qui ont été élaborées par le comité scientifique et approuvées par la commission en 2008 (avant de faire l'objet d'une nouvelle revision en 2012), sont consignées dans un document intitulé «Annexe P: Procédure d'examen des propositions de permis spéciaux et des résultats des recherches effectuées dans le cadre des permis en vigueur ou échus» (ci-après l'«annexe P»).

B. Griefs de l'Australie et réponse du Japon

48. L'Australie prétend que JARPA II n'est pas un programme mené à des fins de recherche scientifique au sens de l'article VIII de la convention. Selon elle, il en découle que le Japon a violé et continue de violer certaines obligations que lui impose le règlement annexé à cet instrument. Ses griefs concernent le respect des obligations de fond suivantes: 1) observer le moratoire fixant à zéro le nombre de baleines pouvant être mises à mort, toutes espèces confondues, à des fins commerciales (par. 10 *e)*); 2) s'abstenir de chasser le rorqual commun à des fins commerciales dans le sanctuaire de l'océan Austral (par. 7 *b)*); et 3) respecter le moratoire interdisant aux usines flottantes ou aux navires baleiniers rattachés à des usines flottantes de capturer, tuer ou traiter des baleines, à l'exception des petits rorquals (par. 10 *d)*). En outre, selon les conclusions finales de l'Australie, le Japon aurait aussi, en autorisant JARPA II, manqué aux obligations de nature procédurale que lui impose le paragraphe 30 du règlement concernant les propositions de permis scientifiques.

49. Le Japon se défend d'avoir commis l'une quelconque des violations dont l'Australie lui fait grief. S'agissant des obligations de fond prévues par le règlement, il fait valoir qu'aucune de celles invoquées par l'Australie ne s'applique à JARPA II, qui est mené à des fins de recherche scientifique et, partant, relève de la dérogation prévue au paragraphe 1 de l'article VIII de la convention. Le Japon affirme en outre n'avoir violé aucune des obligations de nature procédurale prévues au paragraphe 30 du règlement.

50. Les questions concernant l'interprétation et l'application de l'article VIII de la convention sont au cœur de la présente espèce, et c'est donc par elles que la Cour entamera son examen.

2. Interprétation du paragraphe 1 de l'article VIII de la convention

A. La fonction de l'article VIII

51. Le paragraphe 1 de l'article VIII de la convention se lit comme suit:

> «Nonobstant toute disposition contraire de la présente convention, chaque gouvernement contractant pourra accorder à l'un quel-

permit authorizing that national to kill, take and treat whales for purposes of scientific research subject to such restrictions as to number and subject to such other conditions as the Contracting Government thinks fit, and the killing, taking, and treating of whales in accordance with the provisions of this Article shall be exempt from the operation of this Convention. Each Contracting Government shall report at once to the Commission all such authorizations which it has granted. Each Contracting Government may at any time revoke any such special permit which it has granted."

52. Japan initially argued that "special permit whaling under Article VIII is entirely outside the scope of the ICRW". Article VIII, paragraph 1, it contended, was to be regarded as "free-standing" and would have to be read in isolation from the other provisions of the Convention. Japan later acknowledged that Article VIII "must . . . be interpreted and applied consistently with the Convention's other provisions", but emphasized that a consistent reading would consider Article VIII, paragraph 1, as providing an exemption from the Convention.

53. According to Australia, Article VIII needs to be read in the context of the other provisions of the Convention, to which it provides a limited exception. In particular, Australia maintained that conservation measures adopted in pursuance of the objectives of the Convention, "including the moratorium and the Sanctuary", are relevant also for whaling for scientific purposes, given that the reliance on Article VIII, paragraph 1, cannot have the effect of undermining the effectiveness of the regulatory régime as a whole.

54. New Zealand observed that the phrase "[N]otwithstanding anything contained in this Convention", which opens paragraph 1 of Article VIII, "provide[s] a limited discretion for Contracting Governments to issue special permits for the specific articulated purpose of scientific research". It "do[es] not constitute a blanket exemption for special permit whaling from all aspects of the Convention". New Zealand pointed out that the provision in paragraph 1 setting out that the taking of whales in accordance with Article VIII is "exempt from the operation of this Convention" "would have been unnecessary if the opening words of the paragraph, 'notwithstanding anything in the Convention', were intended to cover all aspects of Special Permit whaling".

55. The Court notes that Article VIII is an integral part of the Convention. It therefore has to be interpreted in light of the object and purpose of the Convention and taking into account other provisions of the Con-

conque de ses ressortissants un permis spécial autorisant l'intéressé à tuer, capturer et traiter des baleines en vue de recherches scientifiques et subordonnant cette autorisation aux restrictions en ce qui concerne le nombre et à telles autres conditions que le gouvernement contractant jugera opportunes; les baleines pourront être tuées, capturées ou traitées conformément aux prévisions du présent article sans qu'il y ait lieu de se conformer aux dispositions de la présente convention. Chaque gouvernement contractant devra porter immédiatement à la connaissance de la commission toutes les autorisations de cette nature qu'il aura accordées. Un gouvernement contractant pourra révoquer à tout moment un permis spécial par lui accordé.»

52. Le Japon, dans un premier temps, a soutenu que «[l]a chasse à la baleine au titre d'un permis spécial prévue à l'article VIII [était] totalement exclue du champ d'application de la convention», les dispositions du paragraphe 1 de l'article VIII devant être considérées comme «autonomes», et lues indépendamment des autres dispositions de cet instrument. Par la suite, il a reconnu que l'article VIII devait «être interprété et appliqué à la lumière des autres dispositions de la convention», tout en soulignant que, d'après une lecture cohérente, son paragraphe 1 devrait être interprété comme une dérogation au régime de la convention.

53. D'après l'Australie, l'article VIII doit être lu dans le contexte des autres dispositions de la convention, auxquelles il apporte une exception limitée. L'Australie a en particulier soutenu que les mesures de conservation adoptées en vue de réaliser les objectifs de la convention, «notamment l'imposition du moratoire et la désignation du sanctuaire», étaient également pertinentes pour la chasse menée à des fins scientifiques, le fait d'invoquer le paragraphe 1 de l'article VIII ne pouvant avoir pour conséquence de compromettre l'effet utile du régime de la convention dans son ensemble.

54. La Nouvelle-Zélande a fait valoir que l'expression «[n]onobstant toute disposition contraire de la présente convention», qui ouvre le paragraphe 1 de l'article VIII, «confère aux Etats contractants un pouvoir discrétionnaire limité en vertu duquel ils peuvent délivrer des permis spéciaux aux seules fins expressément énoncées de la recherche scientifique», mais «ne constitue pas une dérogation générale en vertu de laquelle la chasse à la baleine au titre d'un permis spécial échapperait à l'ensemble du régime établi par la convention». Elle a fait observer que la clause qui, au paragraphe 1, prévoit que des baleines pourront être capturées conformément à l'article VIII «sans qu'il y ait lieu de se conformer aux dispositions de la convention» «aurait été inutile si la formule «nonobstant toute disposition contraire à la présente convention» avait eu vocation à s'appliquer à tous les aspects de la chasse à la baleine au titre d'un permis spécial».

55. La Cour observe que l'article VIII fait partie intégrante de la convention. Il doit donc être interprété à la lumière de l'objet et du but de cet instrument et eu égard aux autres dispositions de la convention, dont le

vention, including the Schedule. However, since Article VIII, paragraph 1, specifies that "the killing, taking, and treating of whales in accordance with the provisions of this Article shall be exempt from the operation of this Convention", whaling conducted under a special permit which meets the conditions of Article VIII is not subject to the obligations under the Schedule concerning the moratorium on the catching of whales for commercial purposes, the prohibition of commercial whaling in the Southern Ocean Sanctuary and the moratorium relating to factory ships.

B. The relationship between Article VIII and the object and purpose of the Convention

56. The Preamble of the ICRW indicates that the Convention pursues the purpose of ensuring the conservation of all species of whales while allowing for their sustainable exploitation. Thus, the first preambular paragraph recognizes "the interest of the nations of the world in safeguarding for future generations the great natural resources represented by the whale stocks". In the same vein, the second paragraph of the Preamble expresses the desire "to protect all species of whales from further overfishing", and the fifth paragraph stresses the need "to give an interval for recovery to certain species now depleted in numbers". However, the Preamble also refers to the exploitation of whales, noting in the third paragraph that "increases in the size of whale stocks will permit increases in the number of whales which may be captured without endangering these natural resources", and adding in the fourth paragraph that "it is in the common interest to achieve the optimum level of whale stocks as rapidly as possible without causing widespread economic and nutritional distress" and in the fifth that "whaling operations should be confined to those species best able to sustain exploitation". The objectives of the ICRW are further indicated in the final paragraph of the Preamble, which states that the Contracting Parties "decided to conclude a convention to provide for the proper conservation of whale stocks and thus make possible the orderly development of the whaling industry". Amendments to the Schedule and recommendations by the IWC may put an emphasis on one or the other objective pursued by the Convention, but cannot alter its object and purpose.

57. In order to buttress their arguments concerning the interpretation of Article VIII, paragraph 1, Australia and Japan have respectively emphasized conservation and sustainable exploitation as the object and purpose of the Convention in the light of which the provision should be interpreted. According to Australia, Article VIII, paragraph 1, should be interpreted restrictively because it allows the taking of whales, thus providing an exception to the general rules of the Convention which give

règlement. Toutefois, dès lors que le paragraphe 1 de l'article VIII précise que «les baleines pourront être tuées, capturées ou traitées conformément aux prévisions du présent article sans qu'il y ait lieu de se conformer aux dispositions de la présente convention», les activités de chasse à la baleine menées au titre d'un permis spécial satisfaisant aux conditions prévues à l'article VIII ne sont pas soumises aux obligations imposées par le règlement concernant le moratoire sur la chasse à la baleine à des fins commerciales, l'interdiction de chasser la baleine à des fins commerciales dans le sanctuaire de l'océan Austral et le moratoire sur les usines flottantes.

B. La relation entre l'article VIII et l'objet et le but de la convention

56. Il ressort de son préambule que le but de la convention est d'assurer la conservation de l'ensemble des espèces de baleines tout en permettant leur exploitation durable. A l'alinéa premier est ainsi reconnu l'«intérêt» qu'ont «les nations du monde ... à sauvegarder, au profit des générations futures, les grandes ressources naturelles représentées par les stocks de baleines»; l'alinéa suivant rend de même compte du souci «de protéger toutes les espèces de baleines contre la poursuite d'une exploitation excessive», tandis que le cinquième souligne la nécessité de «donner à certaines espèces dont le nombre est actuellement réduit le temps de se reconstituer». Cependant, le préambule fait aussi référence à l'exploitation des ressources baleinières, indiquant, en son troisième alinéa, qu'«un accroissement des stocks de baleines — permettr[a] d'augmenter le nombre de baleines pouvant être capturées sans compromettre ces ressources naturelles», puis, à l'alinéa suivant, qu'«il est dans l'intérêt commun de faire en sorte que les stocks de baleines atteignent leur niveau optimal aussi rapidement que possible, sans provoquer une pénurie plus ou moins généralisée sur les plans économique et alimentaire», ou encore, au cinquième alinéa, qu'«il faut limiter les opérations de chasse aux espèces qui sont le mieux à même de supporter une exploitation». Les objectifs de la convention sont encore précisés au dernier alinéa du préambule, qui indique que les parties contractantes ont «décidé de conclure une convention destinée à assurer la conservation appropriée des stocks de baleines et — ainsi donner à l'industrie baleinière la possibilité de se développer d'une manière méthodique». Les modifications apportées au règlement et les recommandations adoptées par la CBI peuvent mettre l'accent sur tel ou tel des objectifs poursuivis par la convention, mais elles ne sauraient en modifier l'objet et le but.

57. Afin d'étayer leurs arguments respectifs quant à l'interprétation du paragraphe 1 de l'article VIII, l'Australie et le Japon ont mis en avant, l'une, la conservation, l'autre, l'exploitation durable, en tant qu'objet et but de la convention devant éclairer cette interprétation. D'après l'Australie, le paragraphe 1 de l'article VIII doit ainsi être interprété de manière restrictive dès lors qu'il autorise la capture de baleines, et, partant, permet d'échapper aux règles générales établies par la convention

effect to its object and purpose of conservation. New Zealand also calls for "a restrictive rather than an expansive interpretation of the conditions in which a Contracting Government may issue a Special Permit under Article VIII", in order not to undermine "the system of collective regulation under the Convention". This approach is contested by Japan, which argues in particular that the power to authorize the taking of whales for purposes of scientific research should be viewed in the context of the freedom to engage in whaling enjoyed by States under customary international law.

58. Taking into account the Preamble and other relevant provisions of the Convention referred to above, the Court observes that neither a restrictive nor an expansive interpretation of Article VIII is justified. The Court notes that programmes for purposes of scientific research should foster scientific knowledge; they may pursue an aim other than either conservation or sustainable exploitation of whale stocks. This is also reflected in the Guidelines issued by the IWC for the review of scientific permit proposals by the Scientific Committee. In particular, the Guidelines initially applicable to JARPA II, Annex Y, referred not only to programmes that "contribute information essential for rational management of the stock" or those that are relevant for "conduct[ing] the comprehensive assessment" of the moratorium on commercial whaling, but also those responding to "other critically important research needs". The current Guidelines, Annex P, list three broad categories of objectives. Besides programmes aimed at "improv[ing] the conservation and management of whale stocks", they envisage programmes which have as an objective to "improve the conservation and management of other living marine resources or the ecosystem of which the whale stocks are an integral part" and those directed at "test[ing] hypotheses not directly related to the management of living marine resources".

C. The issuance of special permits

59. Japan notes that, according to Article VIII, paragraph 1, the State of nationality of the person or entity requesting a special permit for purposes of scientific research is the only State that is competent under the Convention to issue the permit. According to Japan, that State is in the best position to evaluate a programme intended for purposes of scientific research submitted by one of its nationals. In this regard it enjoys discretion, which could be defined as a "margin of appreciation". Japan argues that this discretion is emphasized by the part of the paragraph which specifies that the State of nationality may grant a permit "subject to such restrictions as to number and subject to such other conditions as the Contracting Government thinks fit".

60. According to Australia, while the State of nationality of the requesting entity has been given the power to authorize whaling for pur-

pour donner effet à son objet et à son but, à savoir la conservation. Quant à la Nouvelle-Zélande, elle est aussi favorable à une «interprétation restrictive plutôt qu'extensive des conditions dans lesquelles un Etat contractant peut délivrer un permis spécial au titre de l'article VIII», et ce, afin d'éviter de «compromettre le système de réglementation collective établi par la convention». Le Japon s'oppose à cette manière de voir; il soutient notamment que le pouvoir d'autoriser la capture de baleines à des fins de recherche scientifique devrait être envisagé dans le contexte de la liberté dont jouissent les Etats en droit international coutumier de se livrer à des activités de chasse à la baleine.

58. Compte tenu du préambule et des autres dispositions pertinentes de la convention mentionnées ci-dessus, la Cour relève qu'il n'est justifié d'interpréter l'article VIII ni dans un sens restrictif, ni dans un sens extensif. Elle note que les programmes menés à des fins de recherche scientifique doivent permettre de développer les connaissances scientifiques; ils peuvent poursuivre un but autre que la conservation ou l'exploitation durable des stocks de baleines. C'est également ce qui ressort des lignes directrices établies par la CBI concernant l'examen des propositions de permis scientifiques par le comité scientifique. En particulier, les lignes directrices initialement applicables à JARPA II (l'annexe Y) se réfèraient non seulement aux programmes «destinés à fournir des informations essentielles à la gestion rationnelle des stocks» ou susceptibles de contribuer à «l'évaluation exhaustive» du moratoire sur la chasse commerciale, mais aussi aux programmes répondant à d'«autres besoins d'une importance capitale en matière de recherche». Les lignes directrices actuelles (l'annexe P) recensent trois grandes catégories d'objectifs: outre les programmes destinés à «améliorer la conservation et la gestion des peuplements baleiniers», elles envisagent ceux visant à «améliorer la conservation et la gestion des autres ressources marines vivantes ou l'écosystème dont les peuplements baleiniers font partie intégrante» et ceux dont le but est de «vérifier des hypothèses qui ne sont pas directement liées à la gestion des ressources marines vivantes».

C. La délivrance de permis spéciaux

59. Le Japon relève que, d'après le paragraphe 1 de l'article VIII, l'Etat de la nationalité de la personne ou de l'entité sollicitant un permis spécial à des fins de recherche scientifique est le seul qui soit habilité par la convention à délivrer un tel permis. Cet Etat est, selon lui, le mieux à même d'apprécier un projet émanant de l'un de ses ressortissants et ayant pour objet la recherche scientifique. Il jouit à cet égard d'un pouvoir discrétionnaire, qui pourrait être défini comme une «marge d'appréciation». C'est ce qu'indiquent clairement, d'après le Japon, les termes du paragraphe 1 qui autorisent l'Etat de la nationalité à accorder un permis qu'il pourra «subordonn[er] à telles restrictions en ce qui concerne le nombre et à telles autres conditions qu['il] jugera opportunes».

60. D'après l'Australie, si l'Etat de la nationalité de l'entité à l'origine de la demande est habilité à autoriser la chasse à la baleine à des fins de

poses of scientific research under Article VIII, this does not imply that the authorizing State has the discretion to determine whether a special permit for the killing, taking and treating of whales falls within the scope of Article VIII, paragraph 1. The requirements for granting a special permit set out in the Convention provide a standard of an objective nature to which the State of nationality has to conform. New Zealand also considers that Article VIII states "an objective requirement", not "something to be determined by the granting Contracting Government".

61. The Court considers that Article VIII gives discretion to a State party to the ICRW to reject the request for a special permit or to specify the conditions under which a permit will be granted. However, whether the killing, taking and treating of whales pursuant to a requested special permit is for purposes of scientific research cannot depend simply on that State's perception.

D. The standard of review

62. The Court now turns to the standard that it will apply in reviewing the grant of a special permit authorizing the killing, taking and treating of whales on the basis of Article VIII, paragraph 1, of the Convention.

63. Australia maintains that the task before the Court in the present case is to determine whether Japan's actions are consistent with the ICRW and the decisions taken under it. According to Australia, the Court's power of review should not be limited to scrutiny for good faith, with a strong presumption in favour of the authorizing State, as this would render the multilateral régime for the collective management of a common resource established by the ICRW ineffective. Australia urges the Court to have regard to objective elements in evaluating whether a special permit has been granted for purposes of scientific research, referring in particular to the "design and implementation of the whaling programme, as well as any results obtained".

64. New Zealand maintains that the interpretation and application of Article VIII entail the "simple question of compliance" by Contracting Governments with their treaty obligations, a question which is to be decided by the Court. New Zealand also emphasizes objective elements, stating that the question whether a programme is for purposes of scientific research can be evaluated with reference to its "methodology, design and characteristics".

65. Japan accepts that the Court may review the determination by a State party to the ICRW that the whaling for which a special permit has been granted is "for purposes of scientific research". In the course of the written and oral proceedings, Japan emphasized that the Court is limited, when exercising its power of review, to ascertaining whether the determi-

recherche scientifique en vertu de l'article VIII, il ne lui est pas pour autant loisible de déterminer à sa discrétion si un permis spécial autorisant la mise à mort, la capture et le traitement de baleines entre dans le champ du paragraphe 1 de l'article VIII. Les exigences en matière de délivrance d'un permis spécial énoncées dans la convention sont des conditions de nature objective auxquelles l'Etat de la nationalité est tenu de se conformer. La Nouvelle-Zélande considère elle aussi que l'article VIII énonce une «exigence objective» et non «un élément pouvant être déterminé par l'Etat contractant qui délivre le permis».

61. La Cour considère que l'article VIII confère à un Etat partie à la convention le pouvoir discrétionnaire de rejeter une demande de permis spécial ou de préciser les conditions de l'octroi d'un tel permis. Toutefois, la réponse à la question de savoir si la mise à mort, la capture et le traitement de baleines en vertu du permis spécial demandé poursuivent des fins de recherche scientifique ne saurait dépendre simplement de la perception qu'en a cet Etat.

D. Le critère d'examen

62. La Cour en vient à présent au critère qu'elle appliquera pour se prononcer sur la délivrance d'un permis spécial autorisant la mise à mort, la capture et le traitement des baleines sur le fondement du paragraphe 1 de l'article VIII de la convention.

63. L'Australie soutient que la tâche qui incombe à la Cour dans la présente affaire consiste à déterminer si les actes du Japon sont conformes à la convention et aux décisions qui ont été prises en application de celle-ci. Selon elle, le pouvoir de contrôle de la Cour ne devrait pas se limiter à s'assurer de la bonne foi de l'Etat ayant délivré le permis, qui bénéficierait d'une forte présomption favorable, sous peine de priver d'effet le régime multilatéral établi par la convention aux fins de la gestion collective d'une ressource commune. L'Australie prie instamment la Cour, aux fins de déterminer si un permis spécial a été délivré en vue de recherches scientifiques, de prendre en considération des éléments objectifs; elle se réfère en particulier à «la conception du programme de chasse [à la baleine] et [aux] modalités de son exécution, ainsi qu['aux] résultats éventuellement obtenus».

64. La Nouvelle-Zélande avance que l'interprétation et l'application de l'article VIII reviennent «simplement à déterminer si l'Etat contractant s'est acquitté de ses obligations [conventionnelles]», et qu'il appartient à la Cour de trancher cette question. Elle insiste elle aussi sur l'importance d'éléments objectifs, arguant que la question de savoir si un programme est conduit à des fins de recherche scientifique peut être appréciée au regard de «ses méthodes, [de] sa conception et [de] ses caractéristiques».

65. Le Japon convient que la Cour peut examiner la décision prise par un Etat partie à la convention de considérer les activités de chasse à la baleine pour lesquelles est délivré un permis spécial comme menées à des fins de recherche scientifique. Dans ses écritures comme dans ses plaidoiries, il a insisté sur le fait que ce pouvoir de contrôle de la Cour devait se

nation was "arbitrary or capricious", "manifestly unreasonable" or made in bad faith. Japan also stressed that matters of scientific policy cannot be properly appraised by the Court. It added that the role of the Court therefore is "to secure the integrity of the process by which the decision is made, [but] not to review the decision itself".

66. Near the close of the oral proceedings, however, Japan refined its position regarding the standard of review to be applied in this case as follows:

> "Japan agrees with Australia and New Zealand in regarding the test as being whether a State's decision is objectively reasonable, or 'supported by coherent reasoning and respectable scientific evidence and . . ., in this sense, objectively justifiable'".

67. When reviewing the grant of a special permit authorizing the killing, taking and treating of whales, the Court will assess, first, whether the programme under which these activities occur involves scientific research. Secondly, the Court will consider if the killing, taking and treating of whales is "for purposes of" scientific research by examining whether, in the use of lethal methods, the programme's design and implementation are reasonable in relation to achieving its stated objectives. This standard of review is an objective one. Relevant elements of a programme's design and implementation are set forth below (see paragraph 88).

68. In this regard, the Court notes that the dispute before it arises from a decision by a State party to the ICRW to grant special permits under Article VIII of that treaty. Inherent in such a decision is the determination by the State party that the programme's use of lethal methods is for purposes of scientific research. It follows that the Court will look to the authorizing State, which has granted special permits, to explain the objective basis for its determination.

69. The Court observes that, in applying the above standard of review, it is not called upon to resolve matters of scientific or whaling policy. The Court is aware that members of the international community hold divergent views about the appropriate policy towards whales and whaling, but it is not for the Court to settle these differences. The Court's task is only to ascertain whether the special permits granted in relation to JARPA II fall within the scope of Article VIII, paragraph 1, of the ICRW.

E. Meaning of the phrase "for purposes of scientific research"

70. The Parties address two closely related aspects of the interpretation of Article VIII — the meaning of the terms "scientific research" and "for

limiter à rechercher si la décision était «arbitraire ou inconsidérée», «manifestement déraisonnable» ou prise de mauvaise foi. Le Japon a également insisté sur le fait que la Cour ne pouvait apprécier en connaissance de cause des questions de politique scientifique, et que son rôle consistait, par conséquent, «à s'assurer de l'intégrité du processus décisionnel, [et] non à examiner la décision proprement dite».

66. Peu avant la fin des audiences, le Japon a cependant affiné sa position concernant le critère d'examen à appliquer dans la présente affaire en déclarant ce qui suit:

> «le Japon est d'accord avec l'Australie et la Nouvelle-Zélande pour estimer que la question à se poser est celle de savoir si la décision prise par un Etat est objectivement raisonnable ou «étayée par un raisonnement cohérent et des preuves scientifiques dignes de foi et est, en ce sens, objectivement justifiable»».

67. Lorsqu'elle se penchera sur la question de la délivrance d'un permis spécial autorisant la mise à mort, la capture et le traitement de baleines, la Cour examinera, en premier lieu, si le programme dans le cadre duquel se déroulent ces activités comporte des recherches scientifiques. Elle établira, en second lieu, si les baleines mises à mort, capturées et traitées le sont «en vue de» recherches scientifiques, en examinant si, en ce qui concerne le recours à des méthodes létales, la conception et la mise en œuvre du programme sont raisonnables au regard de ses objectifs déclarés. Ce critère d'examen revêt un caractère objectif. Les aspects pertinents de la conception et de la mise en œuvre d'un programme sont exposés plus loin (voir paragraphe 88).

68. A cet égard, la Cour relève que le différend dont elle est saisie découle de la décision prise par un Etat partie à la convention de délivrer des permis spéciaux au titre de l'article VIII de cet instrument. Une telle décision implique que cet Etat soit parvenu à la conclusion que la conduite de recherches scientifiques justifiait le recours aux méthodes létales dans le cadre du programme en question. C'est par conséquent à l'Etat ayant délivré les permis spéciaux qu'incombe la tâche d'exposer à la Cour les éléments objectifs sur lesquels est fondée cette conclusion.

69. La Cour observe que, en appliquant le critère d'examen susvisé, elle n'est pas appelée à trancher des questions de politique scientifique ou baleinière. Elle est consciente que les membres de la communauté internationale ont des vues divergentes quant à la politique à suivre en matière de chasse à la baleine et de ressources baleinières, mais il ne lui appartient pas de résoudre ces divergences. Sa tâche consiste uniquement à s'assurer que les permis spéciaux accordés dans le cadre de JARPA II entrent dans le champ du paragraphe 1 de l'article VIII de la convention.

E. Le sens de l'expression «en vue de recherches scientifiques»

70. Les Parties s'intéressent à deux éléments étroitement liés de l'interprétation de l'article VIII: le sens des mots «recherches scientifiques» et

purposes of" in the phrase "for purposes of scientific research". Australia analysed the meaning of these terms separately and observed that these two elements are cumulative. Japan did not contest this approach to the analysis of the provision.

71. In the view of the Court, the two elements of the phrase "for purposes of scientific research" are cumulative. As a result, even if a whaling programme involves scientific research, the killing, taking and treating of whales pursuant to such a programme does not fall within Article VIII unless these activities are "for purposes of" scientific research.

72. The Court first considers the arguments of the Parties and the intervening State regarding the meaning of the term "scientific research" and then turns to their arguments regarding the meaning of the term "for purposes of" in the phrase "for purposes of scientific research".

(a) *The term "scientific research"*

73. At the outset, the Court notes that the term "scientific research" is not defined in the Convention.

74. Australia, relying primarily on the views of one of the scientific experts that it called, Mr. Mangel, maintains that scientific research (in the context of the Convention) has four essential characteristics: defined and achievable objectives (questions or hypotheses) that aim to contribute to knowledge important to the conservation and management of stocks; "appropriate methods", including the use of lethal methods only where the objectives of the research cannot be achieved by any other means; peer review; and the avoidance of adverse effects on stock. In support of these criteria, Australia also draws on resolutions of the Commission and the Guidelines related to the review of special permits by the Scientific Committee (see paragraph 47 above).

75. Japan does not offer an alternative interpretation of the term "scientific research", and stresses that the views of an expert cannot determine the interpretation of a treaty provision. As a matter of scientific opinion, the expert called by Japan, Mr. Walløe, agreed in certain respects with the criteria advanced by Mr. Mangel, while differing on certain important details. Japan disputes the weight that Australia assigns to resolutions of the Commission that were adopted without Japan's support, and notes that resolutions are recommendatory in nature.

76. The Court makes the following observations on the criteria advanced by Australia with regard to the meaning of the term "scientific research".

77. As to the question whether a testable or defined hypothesis is essential, the Court observes that the experts called by both Parties agreed that scientific research should proceed on the basis of particular ques-

«en vue de» dans l'expression «en vue de recherches scientifiques». L'Australie a analysé séparément ces deux éléments et a fait observer qu'ils étaient cumulatifs. Le Japon n'a pas contesté cette manière d'analyser la disposition.

71. La Cour est d'avis que les deux éléments de l'expression «en vue de recherches scientifiques» sont cumulatifs. Dès lors, même si la recherche scientifique est l'une des composantes d'un programme de chasse à la baleine, la mise à mort, la capture et le traitement des cétacés auxquels il aura été procédé dans ce cadre ne relèveront des prévisions de l'article VIII que si ces activités sont menées «en vue de» recherches scientifiques.

72. La Cour commencera par examiner les arguments des Parties et de l'Etat intervenant concernant, tout d'abord, le sens de la notion de «recherches scientifiques», puis celui de la locution «en vue de» dans l'expression «en vue de recherches scientifiques».

a) *La notion de «recherches scientifiques»*

73. D'emblée, la Cour note que la notion de «recherches scientifiques» n'est pas définie dans la convention.

74. S'appuyant principalement sur les vues de M. Mangel, l'un des experts scientifiques qu'elle a cités, l'Australie avance que la recherche scientifique (dans le cadre de la convention) présente quatre caractéristiques fondamentales: des objectifs précis et réalisables (sous forme de questions ou d'hypothèses) conçus pour apporter des connaissances utiles à la conservation et à la gestion des ressources baleinières; le recours à des «méthodes adéquates», et notamment à des méthodes létales uniquement lorsque les objectifs de recherche ne peuvent être atteints par un autre moyen; la conduite d'un examen par les pairs; et l'absence d'effets dommageables sur les populations étudiées. A l'appui de ces critères, l'Australie invoque également les résolutions de la commission et ses lignes directrices relatives à l'évaluation des permis spéciaux par le comité scientifique (voir paragraphe 47 ci-dessus).

75. Le Japon ne propose pas une autre interprétation de la notion de «recherches scientifiques», mais souligne que les vues d'un expert ne sauraient déterminer l'interprétation d'une disposition conventionnelle. D'un point de vue scientifique, l'expert cité par le Japon, M. Walløe, s'est dit d'accord, à certains égards, avec les critères avancés par M. Mangel, nonobstant des divergences de vues sur certains détails importants. Le Japon conteste le poids que l'Australie accorde aux résolutions adoptées sans son aval par la commission et relève que les résolutions de la commission ont, par nature, valeur de recommandation.

76. S'agissant des critères invoqués par l'Australie au sujet de la notion de «recherches scientifiques», la Cour formulera les observations suivantes.

77. Concernant la question de savoir si une hypothèse vérifiable ou définie en est un élément essentiel, la Cour observe que, si les experts cités par les deux Parties s'accordent à penser que ce type de recherches doit

tions, which could take the form of a hypothesis, although they disagreed about the level of specificity required of such a hypothesis. In short, the opinions of the experts reveal some degree of agreement, albeit with important nuances, regarding the role of hypotheses in scientific research generally.

78. As to the use of lethal methods, Australia asserts that Article VIII, paragraph 1, authorizes the granting of special permits to kill, take and treat whales only when non-lethal methods are not available, invoking the views of the experts it called, as well as certain IWC resolutions and Guidelines. For example, Australia refers to resolution 1986-2 (which recommends that when considering a proposed special permit, a State party should take into account whether "the objectives of the research are not practically and scientifically feasible through non-lethal research techniques") and to Annex P (which provides that special permit proposals should assess why non-lethal methods or analyses of existing data "have been considered to be insufficient"). Both of these instruments were approved by consensus. Australia also points to resolution 1995-9, which was not adopted by consensus, and which recommends that the killing of whales "should only be permitted in exceptional circumstances where the questions address critically important issues which cannot be answered by the analysis of existing data and/or use of non-lethal research techniques".

79. Australia claims that IWC resolutions must inform the Court's interpretation of Article VIII because they comprise "subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty" and "subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation", within the meaning of subparagraphs *(a)* and *(b)*, respectively, of paragraph 3 of Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties.

80. Japan disagrees with the assertion that special permits authorizing lethal methods may be issued under Article VIII only if non-lethal methods are not available, calling attention to the fact that Article VIII authorizes the granting of permits for the killing of whales and thus expressly contemplates lethal methods. Japan states that it does not use lethal methods "more than it considers necessary" in conducting scientific research, but notes that this restraint results not from a legal limitation found in the ICRW, but rather from "reasons of scientific policy". Japan notes that the resolutions cited by Australia were adopted pursuant to the Commission's power to make recommendations. Japan accepts that it has a duty to give due consideration to these recommendations, but emphasizes that they are not binding.

reposer sur la formulation de questions précises, éventuellement posées sous la forme d'hypothèses, ils ont toutefois des vues divergentes sur le niveau de spécificité que devraient présenter pareilles hypothèses. En bref, les avis des experts sont relativement concordants, à quelques importantes nuances près, sur le rôle qui est, de manière générale, celui des hypothèses dans la recherche scientifique.

78. Concernant le recours aux méthodes létales, l'Australie affirme que le paragraphe 1 de l'article VIII n'autorise la délivrance de permis spéciaux en vue de mettre à mort, capturer et traiter des baleines que lorsqu'il ne peut être recouru à des moyens non létaux, et invoque à cet égard les vues des experts qu'elle a fait entendre à l'audience, ainsi que certaines résolutions et lignes directrices de la CBI. Elle renvoie notamment à la résolution 1986-2 (dans laquelle il est recommandé aux Etats parties, lorsqu'ils examinent les propositions de permis spéciaux, de rechercher si «les objectifs de la recherche ne sont pas pratiquement et scientifiquement réalisables par des méthodes de recherche non létales») et à l'annexe P (qui prévoit que les propositions de permis spéciaux incluent une évaluation des raisons pour lesquelles les méthodes non létales et les analyses des données existantes «ont été jugées insuffisantes»). Ces deux instruments ont été approuvés par consensus. L'Australie mentionne encore la résolution 1995-9, qui n'a pas été adoptée par consensus et dans laquelle il est recommandé d'autoriser la mise à mort des baleines «uniquement dans des circonstances exceptionnelles, lorsque les questions posées portent sur des points essentiels qui ne peuvent trouver de réponse par l'analyse des données existantes ou des méthodes de recherche non létales».

79. L'Australie fait valoir que, dans son interprétation de l'article VIII, la Cour devrait prendre en compte les résolutions de la CBI, en ce que celles-ci constituent un «accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité» et une «pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité», au sens des alinéas *a)* et *b)*, respectivement, du paragraphe 3 de l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités.

80. Le Japon conteste l'affirmation selon laquelle les permis spéciaux autorisant le recours à des méthodes létales ne peuvent être délivrés en vertu de l'article VIII que s'il n'est pas possible de recourir à des méthodes non létales, et souligne que, dans la mesure où il autorise la délivrance de permis en vue de tuer des baleines, l'article VIII envisage expressément l'utilisation de méthodes létales. Le Japon soutient qu'il ne fait pas usage de pareilles méthodes «au-delà de ce qu'il estime nécessaire» à la conduite de recherches scientifiques, précisant toutefois que cette restriction ne découle pas d'une interdiction spécifique prévue par la convention, mais de sa «politique scientifique». Il relève que les résolutions citées par l'Australie ont été adoptées en vertu du pouvoir qu'a la commission de formuler des recommandations. Il accepte l'obligation qui lui incombe de prendre ces recommandations en considération, mais souligne que celles-ci n'ont pas d'effet contraignant.

81. New Zealand asserts that special permits must be granted in a "reasonable and precautionary way", which requires that "whales may be killed only where that is necessary for scientific research and it is not possible to achieve the equivalent objectives of that research by non-lethal means". Like Australia, New Zealand refers to IWC resolutions and Guidelines to support this assertion.

82. The Court observes that, as a matter of scientific opinion, the experts called by the Parties agreed that lethal methods can have a place in scientific research, while not necessarily agreeing on the conditions for their use. Their conclusions as scientists, however, must be distinguished from the interpretation of the Convention, which is the task of this Court.

83. Article VIII expressly contemplates the use of lethal methods, and the Court is of the view that Australia and New Zealand overstate the legal significance of the recommendatory resolutions and Guidelines on which they rely. First, many IWC resolutions were adopted without the support of all States parties to the Convention and, in particular, without the concurrence of Japan. Thus, such instruments cannot be regarded as subsequent agreement to an interpretation of Article VIII, nor as subsequent practice establishing an agreement of the parties regarding the interpretation of the treaty within the meaning of subparagraphs *(a)* and *(b)*, respectively, of paragraph (3) of Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties.

Secondly, as a matter of substance, the relevant resolutions and Guidelines that have been approved by consensus call upon States parties to take into account whether research objectives can practically and scientifically be achieved by using non-lethal research methods, but they do not establish a requirement that lethal methods be used only when other methods are not available.

The Court however observes that the States parties to the ICRW have a duty to co-operate with the IWC and the Scientific Committee and thus should give due regard to recommendations calling for an assessment of the feasibility of non-lethal alternatives. The Court will return to this point when it considers the Parties' arguments regarding JARPA II (see paragraph 137).

84. As to the criterion of peer review advanced by Australia, even if peer review of proposals and results is common practice in the scientific community, it does not follow that a programme can be said to involve scientific research only if the proposals and the results are subjected to peer review. The Convention takes a different approach (while certainly not precluding peer review). Paragraph 30 of the Schedule requires prior review of proposed permits by the Scientific Committee and the current Guidelines (Annex P) also contemplate Scientific Committee review of ongoing and completed programmes.

81. La Nouvelle-Zélande soutient que les permis spéciaux doivent être délivrés «de façon raisonnable et prudente», «les baleines p[ouvant] être tuées au titre [de tels] permis ... uniquement lorsque cela est indispensable à la recherche scientifique et qu'il n'est pas possible d'atteindre les objectifs de cette recherche par des méthodes non létales». Comme l'Australie, elle invoque à l'appui de cette affirmation les résolutions et lignes directrices de la CBI.

82. La Cour observe que, du point de vue scientifique, les experts cités par les Parties partagent l'avis que les méthodes létales peuvent avoir un rôle dans la recherche scientifique, sans toutefois s'entendre nécessairement sur les circonstances dans lesquelles elles se justifient. Il y a lieu, cependant, de distinguer les conclusions qu'ils ont rendues en tant que scientifiques de l'interprétation qu'il convient de donner de la convention, tâche qui incombe à la Cour.

83. L'article VIII prévoit expressément le recours aux méthodes létales; de surcroît, l'Australie et la Nouvelle-Zélande surestiment, de l'avis de la Cour, l'importance juridique des résolutions et lignes directrices qu'elles invoquent, et qui ont simple valeur de recommandations. Premièrement, nombre des résolutions de la CBI ont été adoptées sans l'appui de tous les Etats parties à la convention, et en particulier sans l'aval du Japon. Ces instruments ne sauraient donc être considérés comme constitutifs d'un accord ultérieur au sujet de l'interprétation de l'article VIII, ni d'une pratique ultérieure établissant l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité au sens des alinéas *a)* et *b)*, respectivement, du paragraphe 3 de l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités.

Deuxièmement, sur le fond, les résolutions et lignes directrices pertinentes qui ont été adoptées par consensus invitent les Etats parties à s'interroger sur la possibilité, d'un point de vue pratique et scientifique, d'atteindre les objectifs de recherche par des méthodes non létales, mais sans leur faire obligation de ne recourir à des méthodes létales qu'en l'absence de toute autre solution.

La Cour observe cependant que les Etats parties à la convention sont tenus de coopérer avec la CBI et le comité scientifique et que, dès lors, ils doivent tenir dûment compte des recommandations les invitant à évaluer la faisabilité d'autres méthodes, non létales. Elle reviendra sur ce point lorsqu'elle examinera les arguments des Parties relatifs à JARPA II (voir paragraphe 137).

84. Pour ce qui est du critère de l'examen par les pairs avancé par l'Australie, même si ce processus de validation des propositions et des résultats de recherche est une pratique courante dans la communauté scientifique, il ne s'ensuit pas qu'un programme ne peut être réputé comporter des activités de recherche scientifique que si ces propositions et résultats ont été soumis à un tel examen. La convention adopte à cet égard une approche différente — sans exclure d'aucune façon l'examen par les pairs —, le paragraphe 30 du règlement exigeant que les propositions de permis soient préalablement évaluées par le comité scientifique, et les lignes directrices actuelles (annexe P) prévoyant, elles aussi, un examen des programmes, pendant et après leur mise en œuvre, par ce même comité scientifique.

85. Regarding the fourth criterion advanced by Australia, Japan and New Zealand agree with Australia that scientific research must avoid an adverse effect on whale stocks.

Thus, the Parties and the intervening State appear to be in agreement in respect of this criterion. In the particular context of JARPA II, however, Australia does not maintain that meeting the target sample sizes would have an adverse effect on the relevant stocks, so this criterion does not appear to be of particular significance in this case.

86. Taking into account these observations, the Court is not persuaded that activities must satisfy the four criteria advanced by Australia in order to constitute "scientific research" in the context of Article VIII. As formulated by Australia, these criteria appear largely to reflect what one of the experts that it called regards as well-conceived scientific research, rather than serving as an interpretation of the term as used in the Convention. Nor does the Court consider it necessary to devise alternative criteria or to offer a general definition of "scientific research".

(b) *The meaning of the term "for purposes of" in Article VIII, paragraph 1*

87. The Court turns next to the second element of the phrase "for purposes of scientific research", namely the meaning of the term "for purposes of".

88. The stated research objectives of a programme are the foundation of a programme's design, but the Court need not pass judgment on the scientific merit or importance of those objectives in order to assess the purpose of the killing of whales under such a programme. Nor is it for the Court to decide whether the design and implementation of a programme are the best possible means of achieving its stated objectives.

In order to ascertain whether a programme's use of lethal methods is for purposes of scientific research, the Court will consider whether the elements of a programme's design and implementation are reasonable in relation to its stated scientific objectives (see paragraph 67 above). As shown by the arguments of the Parties, such elements may include: decisions regarding the use of lethal methods; the scale of the programme's use of lethal sampling; the methodology used to select sample sizes; a comparison of the target sample sizes and the actual take; the time frame associated with a programme; the programme's scientific output; and the degree to which a programme co-ordinates its activities with related research projects (see paragraphs 129-132; 149; 158-159; 203-205; 214-222 below).

89. The Parties agree that the design and implementation of a programme for purposes of scientific research differ in key respects from

85. Quant au quatrième critère avancé par l'Australie, le Japon et la Nouvelle-Zélande sont eux aussi d'avis qu'un programme de recherche scientifique doit éviter tout effet dommageable sur les stocks de baleines.

Les Parties et l'Etat intervenant paraissent donc en accord sur ce dernier point. Dans le contexte particulier de JARPA II, toutefois, l'Australie ne prétend pas que le fait de respecter les objectifs de capture fixés pourrait avoir un effet dommageable sur les stocks concernés; ce critère ne paraît donc pas revêtir une importance particulière en la présente affaire.

86. Compte tenu de ces observations, la Cour n'est pas persuadée que, pour relever de la «recherche scientifique» dans le contexte de l'article VIII, les activités d'un programme doivent satisfaire aux quatre critères avancés par l'Australie. Tels qu'ils sont formulés par celle-ci, ces critères semblent, pour l'essentiel, refléter ce que l'un des experts cités par cet Etat a indiqué attendre d'un programme de recherche scientifique bien conçu, plutôt que constituer un moyen d'interpréter la notion de «recherches scientifiques» telle qu'utilisée dans la convention. La Cour ne juge toutefois pas nécessaire d'établir d'autres critères ou de proposer une définition générale de cette notion.

b) *Le sens de la locution «en vue de» au paragraphe 1 de l'article VIII*

87. La Cour se penchera à présent sur le sens du second élément de l'expression «en vue de recherches scientifiques», à savoir la locution «en vue de».

88. La formulation d'objectifs de recherche est à la base de la conception d'un programme, mais la Cour n'a pas besoin de se prononcer sur leur bien-fondé ou importance scientifiques pour évaluer dans quel but les baleines sont mises à mort dans le cadre d'un tel programme. Elle n'a pas non plus à déterminer si la manière dont un programme est conçu et mis en œuvre offre le meilleur moyen possible d'atteindre ses objectifs annoncés.

Pour déterminer si c'est à des fins de recherche scientifique qu'un programme recourt à des méthodes létales, la Cour examinera si les éléments de sa conception et de sa mise en œuvre sont raisonnables au regard des objectifs scientifiques annoncés (voir paragraphe 67 ci-dessus). Ainsi qu'il ressort des arguments des Parties, peuvent notamment figurer parmi ces éléments: les décisions relatives au recours à des méthodes létales, l'ampleur du recours à l'échantillonnage létal dans le cadre de ce programme, les méthodes appliquées pour déterminer la taille des échantillons, la comparaison entre la taille des échantillons à prélever et celle des prises effectives, le calendrier associé au programme, les résultats scientifiques de celui-ci et le degré de coordination entre les activités qui en relèvent et des projets de recherche connexes (voir paragraphes 129-132; 149; 158-159; 203-205; 214-222 ci-dessous).

89. Les Parties s'accordent sur le fait qu'un programme conduit à des fins de recherche scientifique présente, en termes de conception et de mise

commercial whaling. The evidence regarding the programme's design and implementation must be considered in light of this distinction. For example, according to Japan, in commercial whaling, only species of high commercial value are taken and larger animals make up the majority of the catch, whereas in scientific whaling "species of less or no commercial value" may be targeted and individual animals are taken based on random sampling procedures.

90. Australia raises two features of a programme that, in its view, bear on the distinction between the grant of a special permit that authorizes whaling "for purposes of" scientific research and whaling activities that do not fit within Article VIII and thus, in Australia's view, violate paragraphs 7 *(b)*, 10 *(d)* and 10 *(e)* of the Schedule.

91. First, Australia acknowledges that Article VIII, paragraph 2, of the Convention allows the sale of whale meat that is the by-product of whaling for purposes of scientific research. That provision states:

> "Any whales taken under these special permits shall so far as practicable be processed and the proceeds shall be dealt with in accordance with directions issued by the Government by which the permit was granted."

However, Australia considers that the quantity of whale meat generated in the course of a programme for which a permit has been granted under Article VIII, paragraph 1, and the sale of that meat, can cast doubt on whether the killing, taking and treating of whales is for purposes of scientific research.

92. Japan states in response that the sale of meat as a means to fund research is allowed by Article VIII, paragraph 2, and is commonplace in respect of fisheries research.

93. On this point, New Zealand asserts that Article VIII, paragraph 2, can be read to permit the sale of whale meat, but that such sale is not required.

94. As the Parties and the intervening State accept, Article VIII, paragraph 2, permits the processing and sale of whale meat incidental to the killing of whales pursuant to the grant of a special permit under Article VIII, paragraph 1.

In the Court's view, the fact that a programme involves the sale of whale meat and the use of proceeds to fund research is not sufficient, taken alone, to cause a special permit to fall outside Article VIII. Other elements would have to be examined, such as the scale of a programme's use of lethal sampling, which might suggest that the whaling is for purposes other than scientific research. In particular, a State party may not, in order to fund the research for which a special permit has been granted,

en œuvre, des différences majeures par rapport à un programme de chasse commerciale. Les éléments de preuve relatifs à la conception et à la mise en œuvre du programme doivent être appréciés en fonction de cette distinction. Ainsi, selon le Japon, dans le cadre d'un programme de chasse commerciale, seules sont capturées les espèces à forte valeur marchande, les animaux de grande taille constituant l'essentiel des prises, tandis que, dans le cadre de la chasse scientifique, des «espèces de valeur moindre, voire nulle», peuvent être visées et des spécimens individuels être prélevés sur la base d'un échantillonnage aléatoire.

90. L'Australie met en avant deux aspects qui, dans un programme, aideraient à faire la part entre les activités de chasse autorisées, au titre d'un permis spécial, «en vue de recherches scientifiques» et les activités de chasse qui n'entrent pas dans les prévisions de l'article VIII et que, partant, elle tient pour constitutives de violations des paragraphes 7 *b)*, 10 *d)* et 10 *e)* du règlement.

91. Premièrement, l'Australie reconnaît que le paragraphe 2 de l'article VIII de la convention autorise la vente des sous-produits de la chasse pratiquée en vue de recherches scientifiques, à savoir la chair de baleine. Cette disposition se lit comme suit:

> «Dans toute la mesure du possible, les baleines capturées en vertu de ces permis spéciaux devront être traitées conformément aux directives formulées par le gouvernement qui aura délivré le permis, lesquelles s'appliqueront également à l'utilisation des produits obtenus.»

Elle considère néanmoins que la quantité de chair de baleine obtenue dans le cadre d'un programme mené au titre d'un permis délivré en vertu du paragraphe 1 de l'article VIII et la vente de cette chair peuvent jeter un doute sur la finalité scientifique de la mise à mort, de la capture et du traitement de ces baleines.

92. En réponse, le Japon soutient que le paragraphe 2 de l'article VIII autorise la vente de la chair de baleine pour financer la recherche, pratique qui est par ailleurs très répandue dans le cadre de la recherche halieutique.

93. Sur ce point, la Nouvelle-Zélande affirme quant à elle que le paragraphe 2 de l'article VIII peut être interprété comme autorisant la vente de chair de baleine, mais que celle-ci n'est pas obligatoire.

94. Comme les Parties et l'Etat intervenant en conviennent, le paragraphe 2 de l'article VIII autorise le traitement et la vente de la chair provenant de baleines mises à mort au titre d'un permis spécial délivré en application du paragraphe 1 de ce même article.

La Cour estime que la vente de la chair de baleine obtenue dans le cadre d'un programme et l'utilisation du produit de cette vente pour financer la recherche ne suffisent pas, en elles-mêmes, pour exclure un permis spécial des prévisions de l'article VIII. D'autres éléments doivent être également pris en compte, notamment l'ampleur du recours aux prélèvements létaux, qui pourrait indiquer que la chasse est menée à d'autres fins que la recherche scientifique. En particulier, un Etat partie ne saurait,

use lethal sampling on a greater scale than is otherwise reasonable in relation to achieving the programme's stated objectives.

95. Secondly, Australia asserts that a State's pursuit of goals that extend beyond scientific objectives would demonstrate that a special permit granted in respect of such a programme does not fall within Article VIII. In Australia's view, for example, the pursuit of policy goals such as providing employment or maintaining a whaling infrastructure would indicate that the killing of whales is not for purposes of scientific research.

96. Japan accepts that "special permits may be granted only for whaling that has scientific purposes, and not for commercial purposes". Japan points to the fact that the Schedule provision establishing the moratorium on commercial whaling, paragraph 10 *(e)*, calls for the "best scientific advice" in order for the moratorium to be reviewed and potentially lifted. Japan further asserts that a State party is within its rights to conduct a programme of scientific research that aims to advance its objective of resuming commercial whaling on a sustainable basis.

97. The Court observes that a State often seeks to accomplish more than one goal when it pursues a particular policy. Moreover, an objective test of whether a programme is for purposes of scientific research does not turn on the intentions of individual government officials, but rather on whether the design and implementation of a programme are reasonable in relation to achieving the stated research objectives. Accordingly, the Court considers that whether particular government officials may have motivations that go beyond scientific research does not preclude a conclusion that a programme is for purposes of scientific research within the meaning of Article VIII. At the same time, such motivations cannot justify the granting of a special permit for a programme that uses lethal sampling on a larger scale than is reasonable in relation to achieving the programme's stated research objectives. The research objectives alone must be sufficient to justify the programme as designed and implemented.

3. JARPA II in Light of Article VIII of the Convention

98. The Court will now apply the approach set forth in the preceding section to enquire into whether, based on the evidence, the design and implementation of JARPA II are reasonable in relation to achieving its stated objectives.

99. JARPA II was preceded by the Japanese Whale Research Program under Special Permit in the Antarctic (JARPA). The legality of JARPA is not at issue in this case. In the course of presenting their views about JARPA II, however, the Parties draw a variety of comparisons between JARPA II and the predecessor programme. Therefore, the Court begins with a description of JARPA.

pour financer des travaux de recherche aux fins desquels un permis spécial a été délivré, recourir à l'échantillonnage létal au-delà de ce qui serait raisonnable au regard des objectifs annoncés du programme.

95. Deuxièmement, selon l'Australie, le fait qu'un Etat poursuive des buts allant au-delà d'objectifs scientifiques tendrait à démontrer que le permis spécial au titre duquel est mené le programme n'entre pas dans les prévisions de l'article VIII. Ainsi, la poursuite d'objectifs de politique publique, tels que le maintien de l'emploi ou des infrastructures dans le secteur baleinier, indiquerait que la mise à mort de baleines n'a pas pour finalité la recherche scientifique.

96. Le Japon reconnaît que «les permis spéciaux ne peuvent être octroyés que dans le cadre d'activités de chasse menées à des fins scientifiques et non à des fins commerciales». Il fait néanmoins valoir que le paragraphe 10 *e)* du règlement annexé à la convention, qui établit le moratoire sur la chasse commerciale, préconise d'obtenir les «meilleurs avis scientifiques» en vue du réexamen et de l'éventuelle levée du moratoire. Le Japon soutient en outre qu'un Etat partie est en droit de conduire un programme de recherche scientifique destiné à servir l'objectif qu'il s'est fixé, à savoir la reprise de la chasse commerciale dans des conditions pérennes.

97. La Cour observe qu'un Etat poursuit souvent plusieurs buts lorsqu'il met en œuvre une politique particulière. De plus, pour répondre objectivement à la question de savoir si un programme est conduit en vue de recherches scientifiques, il y a lieu d'examiner non pas les intentions de représentants du gouvernement concerné, mais le caractère raisonnable de la conception et de la mise en œuvre du programme au regard des objectifs de recherche annoncés. La Cour considère, par conséquent, que le fait qu'il puisse exister chez tel ou tel de ces représentants des motivations allant au-delà de la recherche scientifique n'interdit pas de conclure à la finalité scientifique d'un programme au sens de l'article VIII. De telles motivations ne sauraient pour autant justifier la délivrance d'un permis spécial dans le cadre d'un programme prévoyant de faire usage de méthodes létales au-delà de ce qui est raisonnable au regard des objectifs de recherche annoncés. Les objectifs de la recherche doivent être en eux-mêmes suffisants pour justifier le programme tel qu'il est conçu et mis en œuvre.

3. JARPA II au regard de l'article VIII de la convention

98. Suivant l'approche qu'elle a développée dans la section précédente, la Cour recherchera à présent si, au vu des éléments de preuve, la conception et la mise en œuvre de JARPA II sont raisonnables au regard des objectifs de recherche annoncés.

99. JARPA II a été précédé par le programme japonais de recherche scientifique sur les baleines dans l'Antarctique au titre d'un permis spécial (JARPA), dont la licéité n'est pas en cause en la présente espèce. Lorsqu'elles ont exposé leurs vues concernant JARPA II, les Parties ont cependant fait un certain nombre de comparaisons entre celui-ci et le programme précédent. La Cour commencera donc par décrire JARPA.

A. Description of the programmes

(a) *JARPA*

100. In 1982, the IWC amended the Schedule to adopt a moratorium on commercial whaling. Japan made a timely objection to the amendment, which it withdrew in 1986. Australia asserts that Japan withdrew that objection under pressure from other countries, and, in particular, in light of the prospect of trade sanctions being imposed against Japan by the United States. Following withdrawal of the objection, the moratorium entered into force for Japan after the 1986-1987 whaling season. Japan commenced JARPA in the next season. Like JARPA II, JARPA was a programme for which Japan issued special permits pursuant to Article VIII, paragraph 1, of the Convention.

101. Australia takes the position that JARPA was conceived in order to continue commercial whaling under the "guise" of scientific research. It points to various statements that Japanese authorities made after the adoption of the commercial whaling moratorium. For example, in 1983 a Japanese official stated that the Government's goal in the face of the adoption of the commercial whaling moratorium was "to ensure that our whaling can continue in some form or another". In 1984, a study group commissioned by the Government of Japan recommended that Japan pursue scientific whaling "in order to continue whaling in the Southern Ocean".

102. Japan rejects Australia's characterization of the factors that led to the establishment of JARPA and asserts that Australia has taken the statements by Japanese authorities out of context. It explains that JARPA was started following Japan's acceptance of the commercial whaling moratorium because "the justification for the moratorium was that data on whale stocks was inadequate to manage commercial whaling properly" and it was therefore "best to start the research program as soon as possible".

103. JARPA commenced during the 1987-1988 season and ran until the 2004-2005 season, after which it was followed immediately by JARPA II in the 2005-2006 season. Japan explains that JARPA was launched "for the purpose of collecting scientific data to contribute to the 'review' and 'comprehensive assessment'" of the moratorium on commercial whaling, as envisaged by paragraph 10 *(e)* of the Schedule. It was designed to be an 18-year research programme, "after which the necessity for further research would be reviewed".

104. The 1987 JARPA Research Plan described JARPA as, *inter alia*, "a program for research on the southern hemisphere minke whale and for preliminary research on the marine ecosystem in the Antarctic". It was "designed to estimate the stock size" of southern hemisphere minke

A. Description des deux programmes

a) *JARPA*

100. En 1982, la CBI a adopté une modification du règlement pour instituer un moratoire sur la chasse à la baleine à des fins commerciales. Le Japon a présenté, dans le délai requis, une objection à cette modification, qu'il a retirée en 1986. L'Australie affirme que ce retrait fut la conséquence des pressions exercées sur le Japon par d'autres pays, et en particulier par les Etats-Unis qui menaçaient de prendre des sanctions commerciales à son encontre. A la suite de ce retrait, le moratoire est entré en vigueur à l'égard du Japon après la saison de chasse de 1986-1987. Au cours de la saison suivante, ce dernier a lancé le programme JARPA. Tout comme JARPA II, JARPA était un programme pour lequel le Japon délivrait des permis spéciaux en vertu du paragraphe 1 de l'article VIII de la convention.

101. L'Australie fait valoir que JARPA a été conçu pour poursuivre la chasse commerciale «sous couvert» de recherche scientifique. A cet égard, elle renvoie à différentes déclarations faites par les autorités japonaises après l'adoption du moratoire sur la chasse commerciale. Ainsi, en 1983, un responsable japonais avait déclaré que l'objectif du gouvernement face à l'adoption de ce moratoire était «d'assurer le maintien des activités de chasse à la baleine sous une forme ou sous une autre». En 1984, un groupe d'étude mandaté par le Gouvernement du Japon s'était prononcé en faveur de la chasse scientifique «afin de poursuivre les activités de chasse à la baleine dans l'océan Austral».

102. Le Japon réfute la présentation par l'Australie des raisons qui ont conduit à l'établissement de JARPA, affirmant que les déclarations des autorités japonaises ont été sorties de leur contexte. Il précise que ce programme a été lancé à la suite de son acceptation du moratoire sur la chasse commerciale parce que «l'imposition du moratoire a[vait] été motivée par l'impossibilité de gérer rationnellement la chasse commerciale, faute de connaissances suffisantes sur les stocks de baleines» et que, partant, «il lui fallait mettre en œuvre un programme de recherche dès que possible».

103. JARPA a débuté au cours de la saison 1987-1988 et s'est poursuivi jusqu'à la saison 2004-2005; il a été immédiatement suivi par JARPA II, lors de la saison 2005-2006. Le Japon a précisé que JARPA avait été lancé «dans le but de recueillir des données scientifiques pour l'«examen» et l'«évaluation exhaustive»» du moratoire sur la chasse commerciale, en application du paragraphe 10 *e)* du règlement. Ce programme devait se dérouler sur une période de dix-huit ans, «après quoi la nécessité de mener de nouvelles recherches serait examinée».

104. Dans le plan de recherche établi en 1987 aux fins de JARPA, celui-ci était notamment décrit comme un «programme de recherche sur le petit rorqual de l'hémisphère sud et [une] étude préliminaire sur l'écosystème marin de l'Antarctique». Il avait «pour objet d'estimer la taille

whales in order to provide a "scientific basis for resolving problems facing the IWC" relating to "the divergent views on the moratorium". To those ends, it proposed annual lethal sample sizes of 825 Antarctic minke whales and 50 sperm whales from two "management areas" in the Southern Ocean. Later, the proposal to sample sperm whales by lethal methods was dropped from the programme and the sample size for Antarctic minke whales was reduced to 300 for JARPA's first seven seasons (1987-1988 to 1993-1994). Japan explains that the decision to reduce the sample size from 825 to 300 resulted in the extension of the research period, which made it possible to obtain accurate results with smaller sample sizes. Beginning in the 1995-1996 season, the maximum annual sample size for Antarctic minke whales was increased to 400, plus or minus 10 per cent. More than 6,700 Antarctic minke whales were killed over the course of JARPA's 18-year history.

105. In January 2005, during JARPA's final season, Japan independently convened a meeting, outside the auspices of the IWC, to review the then-available data and results from the programme. In December 2006, the Scientific Committee held a "final review" workshop to review the entirety of JARPA's data and results and to assess the extent to which JARPA had accomplished or made progress towards its stated objectives; several recommendations were made for the further study and analysis of the data collected under JARPA. Japan submitted its Research Plan for JARPA II to the IWC in March 2005, and launched JARPA II, in November 2005, after the January 2005 meeting convened by Japan but prior to the December 2006 final review of JARPA by the Scientific Committee.

106. Australia describes the "primary purpose" of JARPA as the estimation of the natural mortality rate of Antarctic minke whales (i.e., the chance that a whale will die from natural causes in any particular year). Australia also maintains that Japan purported to be collecting biological data that it viewed as relevant to the New Management Procedure (the "NMP") — the model in use by the Commission to regulate whaling activity at the time of JARPA's launch — but abandoned its initial approach after five years. According to Australia, the goal to estimate natural mortality was "practically unachievable" and the "irrelevance" of JARPA was confirmed in 1994 when the Commission agreed to replace the NMP with another management tool, the Revised Management Procedure (the "RMP"), which did not require the type of information that JARPA obtained by lethal sampling.

107. The RMP requires a brief explanation. The Parties agree that the RMP is a conservative and precautionary management tool and that it

du stock » de petits rorquals de l'hémisphère sud afin de fournir une « base scientifique qui permettra[it] de surmonter les difficultés auxquelles la CBI fai[sait] face ... en raison des divergences de vues des Etats membres sur le moratoire ». A cette fin, il était prévu que soient capturés chaque année 825 petits rorquals de l'Antarctique et 50 cachalots dans deux « zones de gestion » de l'océan Austral. Par la suite, l'objectif de capture des cachalots a été supprimé du programme et la taille de l'échantillon de petits rorquals de l'Antarctique a été réduite à 300 pour les sept premières saisons de JARPA (1987-1988 à 1993-1994). Le Japon précise que cette décision de ramener la taille de l'échantillon de 825 à 300 a entraîné un allongement de la période de recherche, ce qui permettait d'obtenir des résultats précis avec des échantillons plus restreints. A partir de la saison 1995-1996, la taille maximale annuelle de l'échantillon de petits rorquals de l'Antarctique a été portée à 400, plus ou moins 10%. Plus de 6700 petits rorquals ont ainsi été mis à mort pendant les dix-huit années qu'a duré JARPA.

105. Au mois de janvier 2005, pendant la dernière saison de JARPA, le Japon a pris l'initiative de tenir une réunion, en dehors du cadre de la CBI, afin d'examiner les données et les résultats du programme alors disponibles. En décembre 2006, le comité scientifique a, de son côté, réuni un groupe de travail chargé de procéder à l'« évaluation finale » de l'ensemble des données et résultats de JARPA, et d'évaluer la mesure dans laquelle le programme avait atteint les objectifs annoncés ou était en voie d'y parvenir ; ce groupe de travail a formulé plusieurs recommandations afin que les données recueillies dans le cadre de JARPA fassent l'objet d'une étude et d'une analyse plus approfondies. Le Japon a présenté à la CBI son plan de recherche concernant JARPA II en mars 2005 et lancé ce nouveau programme en novembre de la même année, soit après la réunion qu'il avait organisée en janvier 2005 mais avant l'évaluation finale de JARPA par le comité scientifique en décembre 2006.

106. L'Australie considère que le « principal objectif » de JARPA était l'estimation du taux de mortalité naturelle des petits rorquals de l'Antarctique (c'est-à-dire la probabilité qu'un spécimen meure de cause naturelle au cours d'une année donnée). Elle fait également valoir que le Japon entendait collecter des données biologiques qu'il estimait pertinentes aux fins de la nouvelle procédure de gestion (New Management Procedure, ou « NMP ») — le modèle utilisé par la commission au moment du lancement de JARPA pour encadrer les activités de chasse à la baleine —, mais qu'il a abandonné cette approche initiale cinq ans plus tard. Selon l'Australie, l'objectif consistant à estimer la mortalité naturelle était « irréalisable dans la pratique », et l'« absence de pertinence » de JARPA fut confirmée en 1994, lorsque la commission décida de remplacer la NMP par un nouvel outil, la procédure de gestion revisée (Revised Management Procedure, ou « RMP »), qui ne nécessitait pas le type d'informations que JARPA permettait d'obtenir par des prélèvements létaux.

107. La RMP appelle quelques explications succinctes. Les Parties conviennent qu'il s'agit d'un outil prudent et favorable à la conservation,

remains the applicable management procedure of the IWC, although its implementation has not been completed. Australia maintains that the RMP "overcomes the difficulties faced by the NMP" — the mechanism that the Commission previously developed to set catch limits — because it takes uncertainty in abundance estimates into account and "does not rely on biological parameters that are difficult to estimate". Japan disputes this characterization of the RMP and argues that its implementation requires "a huge amount of scientific data" at each step. Thus, the Parties disagree on whether data collected by JARPA and JARPA II contribute to the RMP.

108. With regard to JARPA, Australia asserts that the Scientific Committee was unable to conclude at the final review workshop held in 2006 that any of JARPA's stated objectives had been met, including an adequately precise estimate of natural mortality rate. Japan maintains that recommendations made in the course of JARPA's final review led to further analysis of the JARPA data and that in 2010 the Scientific Committee accepted an estimate of natural mortality rate based on those data. Overall, the Parties disagree whether JARPA made a scientific contribution to the conservation and management of whales. The Court is not called upon to address that disagreement.

(b) *JARPA II*

109. In March 2005, Japan submitted to the Scientific Committee a document entitled "Plan for the Second Phase of the Japanese Whale Research Program under Special Permit in the Antarctic (JARPA II) — Monitoring of the Antarctic Ecosystem and Development of New Management Objectives for Whale Resources" (hereinafter the "JARPA II Research Plan"). Following review of the JARPA II Research Plan by the Scientific Committee, Japan granted the first set of annual special permits for JARPA II in November 2005, after which JARPA II became operational. As was the case under JARPA, the special permits for JARPA II are issued by Japan to the Institute of Cetacean Research, a foundation established in 1987 as a "public-benefit corporation" under Japan's Civil Code. The evidence indicates that the Institute of Cetacean Research has historically been subsidized by Japan and that Japan exercises a supervisory role over the institute's activities. Japan has granted special permits to that institute for JARPA II for each season since 2005-2006.

110. The JARPA II Research Plan describes key elements of the programme's design: the research objectives, research period and area, research methods, sample sizes, and the expected effect on whale stocks. As further discussed below, the programme contemplates the lethal sampling of three whale species: Antarctic minke whales, fin whales and

et qu'elle demeure la procédure de gestion applicable de la CBI, quoique sa mise en œuvre reste inachevée. L'Australie soutient que la RMP «permet de surmonter les difficultés rencontrées avec la NMP» — le mécanisme que la commission avait auparavant mis en place pour fixer les limites de capture — car elle tient compte du caractère incertain des estimations d'abondance et «ne s'appuie pas sur des paramètres biologiques difficiles à évaluer». Le Japon conteste cette présentation de la RMP et allègue que la mise en œuvre de celle-ci requiert, à chaque étape, «un volume considérable de données scientifiques». Les Parties sont donc en désaccord sur le point de savoir si les données recueillies dans le cadre de JARPA et JARPA II contribuent à la RMP.

108. En ce qui concerne JARPA, l'Australie fait valoir que le groupe de travail du comité scientifique chargé, en 2006, de l'évaluation finale de ce programme n'a pas été en mesure de conclure qu'un seul des objectifs de celui-ci avait été atteint, pas même une estimation suffisamment précise du taux de mortalité naturelle. Le Japon soutient que les recommandations qui ont été formulées à l'occasion de cette évaluation finale ont conduit à un nouvel examen des données de JARPA, et que le comité scientifique a, en 2010, accepté une estimation du taux de mortalité naturelle reposant sur ces données. D'une manière générale, les Parties divergent sur le point de savoir si JARPA a apporté une contribution scientifique en matière de conservation et de gestion des baleines. La Cour n'est pas appelée à se prononcer sur ce point de désaccord.

b) *JARPA II*

109. Au mois de mars 2005, le Japon a présenté au comité scientifique un document intitulé «Planification de la deuxième phase du programme japonais de recherche scientifique sur les baleines dans l'Antarctique au titre d'un permis spécial (JARPA II) — suivi de l'écosystème de l'Antarctique et élaboration de nouveaux objectifs de gestion des ressources baleinières» (ci-après le «plan de recherche de JARPA II»). Après que ce plan eut été examiné par le comité scientifique, le Japon a délivré la première série de permis spéciaux annuels au titre de JARPA II au mois de novembre 2005, le programme devenant alors opérationnel. Comme c'était le cas dans le cadre de JARPA, les permis spéciaux au titre de JARPA II sont accordés par le Japon à l'institut de recherche sur les cétacés, fondation créée en 1987 en tant qu'«organisme d'utilité publique», conformément au code civil japonais. Il ressort des éléments qui ont été présentés à la Cour que cet institut est subventionné par le Japon et que celui-ci exerce un contrôle sur ses activités. Depuis 2005-2006, le Japon délivre des permis spéciaux au titre de JARPA II à cet institut pour chaque saison de chasse.

110. Dans le plan de recherche de JARPA II sont décrits les éléments essentiels du programme: les objectifs de la recherche, la période et la zone de recherche, les méthodes de recherche, la taille des échantillons ainsi que l'effet attendu sur les populations de baleines. Comme cela sera examiné plus en détail ci-après, le programme prévoit des prélèvements

humpback whales (see paragraph 123). This Judgment uses the terms "Antarctic minke whales" and "minke whales" interchangeably.

111. Minke whales, fin whales and humpback whales are all baleen whales, meaning they have no teeth; baleen whales instead use baleen plates in the mouth to filter their food from sea water. Antarctic minke whales are among the smallest baleen whales: an average adult is between 10 and 11 metres long and weighs between 8 and 10 tons. The fin whale is the second largest whale species (after the blue whale): an average adult is between 25 and 26 metres long and its body mass is between 60 and 80 tons. Humpback whales are larger than minke whales but smaller than fin whales: adults are between 14 and 17 metres long.

112. The Court will now outline the key elements of JARPA II, as set forth in the Research Plan and further explained by Japan in these proceedings.

(i) *Research objectives*

113. The JARPA II Research Plan identifies four research objectives: (1) Monitoring of the Antarctic ecosystem; (2) Modelling competition among whale species and future management objectives; (3) Elucidation of temporal and spatial changes in stock structure; and (4) Improving the management procedure for Antarctic minke whale stocks.

114. *Objective No. 1.* The JARPA II Research Plan states that JARPA II will monitor changes relating to whale abundance and biological parameters, prey density and abundance, and the effects of contaminants on cetaceans, and the cetaceans' habitat, in three whale species — Antarctic minke whales, humpback whales and fin whales — and that "[t]he obtained data will be indicators of changes in the Antarctic ecosystem". The Research Plan stresses the importance of detecting changes in the whale populations and their habitat "as soon as possible" in order "to predict their effects on the stocks, and to provide information necessary for the development of appropriate management policies". Specifically, JARPA II will monitor "changes in recruitment, pregnancy rate, age at maturity and other biological parameters by sampling survey", while "abundance" will be monitored through "sighting surveys". JARPA II will also monitor prey consumption and changes in blubber thickness over time, as well as contaminant accumulation and the effects of toxins on cetaceans.

115. *Objective No. 2.* The second objective refers to "modelling competition among whale species and future management objectives". The

létaux pour trois espèces de baleines: les petits rorquals de l'Antarctique, les rorquals communs et les baleines à bosse (voir paragraphe 123). Dans le présent arrêt, les termes «petit rorqual de l'Antarctique» et «petit rorqual» seront employés indifféremment.

111. Les petits rorquals, les rorquals communs et les baleines à bosse font tous partie de la catégorie des baleines à fanons, ce qui signifie qu'ils n'ont pas de dents; ce sont leurs fanons qui leur permettent de s'alimenter en filtrant l'eau de mer. Les petits rorquals de l'Antarctique sont parmi les plus petites baleines à fanons: les adultes mesurent en général 10 à 11 mètres de long et pèsent entre 8 et 10 tonnes. Le rorqual commun est la deuxième plus grande baleine (après la baleine bleue): un adulte mesure en moyenne entre 25 et 26 mètres de long et sa masse corporelle est comprise entre 60 et 80 tonnes. Les baleines à bosse sont plus grandes que les petits rorquals mais plus petites que les rorquals communs: les adultes mesurent généralement entre 14 et 17 mètres de long.

112. La Cour exposera maintenant les éléments essentiels de JARPA II, tels qu'énoncés dans le plan de recherche et présentés plus en détail par le Japon en la présente instance.

i) *Les objectifs de la recherche*

113. Le plan de recherche de JARPA II définit quatre objectifs: 1) le suivi de l'écosystème de l'Antarctique; 2) la modélisation de la concurrence entre espèces de baleines et l'élaboration de nouveaux objectifs de gestion; 3) une meilleure compréhension de l'évolution spatio-temporelle de la structure des stocks; et 4) l'amélioration de la procédure de gestion des populations de petits rorquals de l'Antarctique.

114. *Objectif n° 1.* Dans le plan de recherche de JARPA II, il est indiqué que seront suivis l'évolution de l'abondance et des paramètres biologiques des baleines, de la densité et de l'abondance des proies, ainsi que les effets des contaminants sur les cétacés et leur habitat, et ce, pour trois espèces de baleines — le petit rorqual de l'Antarctique, la baleine à bosse et le rorqual commun —, «[l]es données obtenues devant constituer des indicateurs de changement de l'écosystème de l'Antarctique». Le document souligne l'importance de détecter «dès que possible» tout changement dans les populations de baleines et leur habitat, afin de «prévoir [son] effet sur les stocks, et de fournir les informations nécessaires pour l'élaboration des politiques de gestion appropriées». JARPA II doit plus particulièrement examiner «l'évolution du recrutement, du taux de gestation, de l'âge de la maturité et d'autres paramètres biologiques par le biais d'une campagne d'échantillonnage», «l'abondance» faisant, quant à elle, l'objet d'un suivi au moyen de «campagnes d'observation». Doivent également être étudiés l'évolution de la quantité de proies consommées et les modifications de l'épaisseur de graisse des baleines au fil du temps, ainsi que l'accumulation des contaminants et les effets des toxines sur les cétacés.

115. *Objectif n° 2.* Le deuxième objectif consiste en la «modélisation de la concurrence entre les espèces de baleines et l'élaboration de nouveaux

JARPA II Research Plan states that "[t]here is a strong indication of competition among whale species in the research area" and that JARPA II therefore seeks to explore "hypotheses related to this competition". The Research Plan refers to the "krill surplus hypothesis". As presented to the Court, this hypothesis refers to two interrelated ideas: first, that the previous overhunting of certain whale species (including fin and humpback whales) created a surplus of krill (a shared food source) for other predators, including the smaller minke whale, which led to an increase in the abundance of that species; and, secondly, that a subsequent recovery in the humpback and fin whale populations (since the commercial catch of those species was banned in 1963 and 1976, respectively) has resulted in increased competition among these larger whales and minke whales for krill. The JARPA II Research Plan suggests that Antarctic minke whale stocks may decrease as a result of current conditions.

116. Japan explains that "JARPA II . . . does not purport to verify the validity of the krill surplus hypothesis" but instead seeks "to incorporate data on other animals/fish that prey on krill in order to develop a 'model of competition among whale species'" that may help to explain changes in the abundance levels of different whale species. In Japan's view, the "krill surplus hypothesis" is just one of several ideas (in addition to, for example, the effects of climate change) that JARPA II is designed to explore in connection with its construction of "an ecosystem model" for the Antarctic. The JARPA II Research Plan further explains that such a model may contribute to establishing "new management objectives" for the IWC, such as finding ways to accelerate the recovery of blue and fin whales, and will examine "the possible effects of the resumption of commercial whaling on the relative numbers of the various species and stocks". Mr. Mangel, the expert called by Australia, referred to the "krill surplus hypothesis" as the "only clearly identifiable hypothesis" in JARPA II.

117. *Objective No. 3.* The third objective concerns stock structure. With regard to fin whales, the programme's objective is to compare current stock structure to historic information on that species. With regard to humpback whales and Antarctic minke whales, the plan describes a need "to investigate shifts in stock boundaries" on a yearly basis.

118. *Objective No. 4.* The fourth objective concerns the management procedure for Antarctic minke whale stocks and builds upon the other three objectives. The JARPA II Research Plan states that the first objective will provide information on biological parameters "necessary for managing the stocks more efficiently under a revised RMP", the second

objectifs de gestion». Dans le plan de recherche de JARPA II, il est ainsi indiqué que, «[d]e toute évidence, il existe une concurrence entre les espèces de baleines dans la zone de recherche», et que le programme vise, dès lors, à étudier «les hypothèses afférentes à cette concurrence». A cet égard, il est fait référence à l'«hypothèse de l'excédent de krill». Cette hypothèse, telle qu'elle a été exposée à la Cour, recouvre deux phénomènes étroitement liés: premièrement, le fait que, dans un premier temps, la surexploitation de certaines espèces de baleines (parmi lesquelles les rorquals communs et les baleines à bosse) a été à l'origine d'un excédent de krill (une source alimentaire commune) pour les autres prédateurs, dont le petit rorqual, ce qui a entraîné un accroissement de l'abondance de cette dernière espèce; et, deuxièmement, le fait que la reconstitution ultérieure des populations de baleines à bosse et de rorquals communs (depuis l'interdiction de la chasse commerciale de ces deux espèces, respectivement en 1963 et en 1976) a entraîné une concurrence accrue pour le krill entre ces baleines de grande taille et les petits rorquals. Ainsi, selon le plan de recherche de JARPA II, dans les conditions actuelles, les stocks de petits rorquals de l'Antarctique devraient diminuer.

116. Le Japon précise que «JARPA II ne prétend pas vérifier la validité de l'hypothèse de l'excédent de krill», mais qu'il s'agit en réalité «de prendre en compte des données concernant d'autres animaux et poissons consommateurs de krill afin d'élaborer un «modèle de concurrence entre les espèces de baleines»», qui pourrait contribuer à expliquer l'évolution de l'abondance de ces différentes espèces. Selon le Japon, l'«hypothèse de l'excédent de krill» n'est qu'une des théories (au côté, par exemple, de celle de l'effet des changements climatiques) devant être examinées dans le cadre de JARPA II en vue de l'élaboration d'un «modèle d'écosystème» pour l'Antarctique. Le plan de recherche de JARPA II précise en outre que ce modèle peut contribuer à établir de «nouveaux objectifs de gestion» pour la CBI, tels que la définition de moyens d'accélérer la reconstitution des stocks de baleines bleues et de rorquals communs, et qu'il permettra d'examiner «les possibles effets d'une reprise de la chasse commerciale à la baleine sur les quantités relatives des différents stocks et espèces». M. Mangel, expert cité par l'Australie, a décrit l'«hypothèse de l'excédent de krill» comme étant la «seule hypothèse clairement identifiable» de JARPA II.

117. *Objectif n° 3.* Le troisième objectif a trait à la structure des stocks. Concernant les rorquals communs, il s'agit de comparer la structure actuelle du stock aux données historiques relatives à cette espèce. Pour ce qui est des baleines à bosse et des petits rorquals de l'Antarctique, le plan de recherche fait état de la nécessité «d'étudier les modifications des limites des aires de répartition des stocks» sur une base annuelle.

118. *Objectif n° 4.* Le quatrième objectif, qui concerne la procédure de gestion des stocks de petits rorquals de l'Antarctique, s'appuie sur les trois autres. A cet égard, le plan de recherche de JARPA II précise que le premier objectif doit fournir des informations sur les paramètres biologiques «nécessaires pour gérer les stocks de manière plus efficace dans le

objective "will lead to examining a multi-species management model for the future", and the third "will supply information for establishing management areas in the Antarctic Ocean". According to the Research Plan, the information relating to the "effects arising from inter-species relationships among the whale species" could demonstrate that the determination of a catch quota for Antarctic minke whales under the RMP would be too low, perhaps even set unnecessarily at zero. As noted above (see paragraph 107), the Parties disagree about the type of information necessary to implement the RMP.

(ii) *Research period and area*

119. Japan explains that JARPA II is "a long-term research programme and has no specified termination date because its primary objective (i.e., monitoring the Antarctic ecosystem) requires a continuing programme of research". JARPA II is structured in six-year phases. After each six-year phase, a review will be held to consider revisions to the programme. The first such six-year phase was completed after the 2010-2011 season. Following some delay, the first periodic review of JARPA II by the Scientific Committee is scheduled to take place in 2014.

120. The JARPA II Research Plan operates in an area that is located within the Southern Ocean Sanctuary established in paragraph 7 *(b)* of the Schedule to the Convention.

(iii) *Research methods and sample size*

121. The Research Plan indicates that JARPA II is designed to use a mix of lethal and non-lethal methods to pursue the research objectives, a point that Japan also made in these proceedings.

122. Japan asserts that lethal sampling is "indispensable" to JARPA II's first two objectives, relating to ecosystem monitoring and multi-species competition modelling. The JARPA II Research Plan explains that the third objective will rely on "genetic and biological markers" taken from whales that have been lethally sampled in connection with the first two objectives, as well as non-lethal methods, namely biopsy sampling from blue, fin and humpback whales.

123. The Research Plan provides that in each season the sample sizes for fin and humpback whales will be 50 and the sample size for Antarctic minke whales will be 850, plus or minus 10 per cent (i.e., a maximum of 935 per season). These target sample sizes are discussed in greater detail below (see paragraphs 157-198).

124. With regard to non-lethal methods, the JARPA II Research Plan describes the intended use of biopsy sampling and satellite tagging in addition to whale sighting surveys. According to Japan, it makes exten-

cadre d'une RMP revisée», le deuxième «aboutir à l'examen d'un futur modèle de gestion plurispécifique» et le troisième «fournir des informations pour définir des zones de gestion dans l'océan Antarctique». Selon le plan de recherche, les informations relatives aux «effets découlant des relations interspécifiques entre les espèces de baleines» pourraient démontrer que le quota de capture pour les petits rorquals déterminé dans le cadre de la RMP est trop bas, voire inutilement fixé à zéro. Ainsi que cela a été relevé ci-dessus (voir paragraphe 107), les Parties sont en désaccord sur le type d'informations nécessaires pour mettre en œuvre la RMP.

ii) *La période et la zone de recherche*

119. Le Japon précise que JARPA II est «un programme de recherche à long terme sans date de fin déterminée car son objectif principal — le suivi de l'écosystème de l'Antarctique — exige la conduite d'activités continues». JARPA II est organisé en phases de six ans. Au terme de chaque phase, le programme est soumis à une évaluation afin, le cas échéant, de procéder à des revisions. La première phase de six ans s'est achevée à la fin de la saison 2010-2011. Un certain retard ayant été pris, il est prévu que le comité scientifique procède à la première évaluation périodique de JARPA II en 2014.

120. Le plan de recherche de JARPA II est mis en œuvre dans une zone située dans le sanctuaire de l'océan Austral, tel qu'établi au paragraphe 7 *b)* du règlement annexé à la convention.

iii) *Les méthodes de recherche et la taille des échantillons*

121. Il est indiqué dans le plan de recherche que JARPA II est conçu pour utiliser à la fois des méthodes létales et des méthodes non létales en vue d'atteindre les objectifs de recherche, ce que le Japon a rappelé en la présente instance.

122. Le Japon avance que les prises létales sont «indispensable[s]» à la réalisation des deux premiers objectifs de JARPA II concernant le suivi de l'écosystème et la modélisation de la concurrence entre espèces. Par ailleurs, selon le plan de recherche de JARPA II, la réalisation du troisième objectif doit s'appuyer sur des «marqueurs génétiques et biologiques» prélevés sur des baleines qui auront été mises à mort dans le cadre des deux premiers objectifs, ainsi que sur des méthodes non létales, à savoir des prélèvements biopsiques réalisés sur des baleines bleues, des rorquals communs et des baleines à bosse.

123. Le plan de recherche fixe, pour chaque saison, la taille des échantillons de rorquals communs et de baleines à bosse à 50, et celle des petits rorquals de l'Antarctique à 850, plus ou moins 10% (soit au maximum 935 spécimens par saison). La question de la taille des échantillons est examinée de manière plus approfondie ci-dessous (voir paragraphes 157-198).

124. En ce qui concerne les méthodes non létales, le plan de recherche de JARPA II prévoit le recours aux prélèvements biopsiques et au suivi par satellite, ainsi que l'observation visuelle des baleines. Le Japon précise

sive use of non-lethal methods to obtain data and information to the extent practicable.

125. As to JARPA II's operation, Japan explains that JARPA II vessels follow "scientifically determined tracklines", including in areas "where the density of the target species is low", to obtain a proper distribution of samples and observations. Whales from the targeted species are taken if they are encountered within 3 nautical miles of the predetermined trackline being followed by a JARPA II vessel. If a lone whale is encountered, it will be taken; if a school of whales is encountered, two whales will be taken at random.

(iv) *Effect on whale stocks*

126. The JARPA II Research Plan sets out the bases for Japan's conclusion that the lethal sample sizes described above are designed to avoid having any adverse effect on the targeted whale stocks. The Research Plan states that, based on current abundance estimates, the planned take of each species is too small to have any negative effect. Japan also explains that the JARPA II Research Plan used conservative estimates of Antarctic minke whale abundance to assess the effects of the target sample size for that species.

B. Whether the design and implementation of JARPA II are reasonable in relation to achieving the programme's stated research objectives

127. The Court observes that the JARPA II Research Plan describes areas of inquiry that correspond to four research objectives and presents a programme of activities that involves the systematic collection and analysis of data by scientific personnel. The research objectives come within the research categories identified by the Scientific Committee in Annexes Y and P (see paragraph 58 above). Based on the information before it, the Court thus finds that the JARPA II activities involving the lethal sampling of whales can broadly be characterized as "scientific research". There is no need therefore, in the context of this case, to examine generally the concept of "scientific research". Accordingly, the Court's examination of the evidence with respect to JARPA II will focus on whether the killing, taking and treating of whales in pursuance of JARPA II is *for purposes of* scientific research and thus may be authorized by special permits granted under Article VIII, paragraph 1, of the Convention. To this end and in light of the applicable standard of review (see paragraph 67 above), the Court will examine whether the design and implementation of JARPA II are reasonable in relation to achieving the programme's stated research objectives, taking into account the elements identified above (see paragraph 88).

qu'il recourt largement, dans la mesure du possible, aux méthodes non létales pour recueillir des données et informations.

125. S'agissant des opérations menées dans le cadre de JARPA II, le Japon précise que les navires suivent des «trajectoires établies de façon scientifique», y compris dans des zones «de faible densité des espèces cibles», et ce, afin d'obtenir une répartition appropriée des prélèvements et des observations. Des spécimens des espèces cibles sont capturés s'ils sont localisés à moins de 3 milles marins de la trajectoire prédéterminée d'un navire opérant dans le cadre de JARPA II. Si ce navire rencontre une baleine isolée, celle-ci sera capturée; s'il rencontre un banc de baleines, deux d'entre elles seront capturées de manière aléatoire.

iv) *Les conséquences sur les populations de baleines*

126. Dans le plan de recherche de JARPA II sont exposés les fondements de la conclusion du Japon selon laquelle les tailles des échantillons prélevés par les méthodes létales indiquées ci-dessus sont conçues pour éviter tout effet dommageable sur les populations visées. Le plan précise ainsi que, au vu des estimations d'abondance actuelles, les prises prévues pour chaque espèce sont trop limitées pour avoir un quelconque effet négatif. Le Japon fait en outre valoir que le plan de recherche de JARPA II s'est fondé sur des estimations prudentes de l'abondance des petits rorquals de l'Antarctique aux fins d'évaluer l'effet de la taille de l'échantillon retenue pour cette espèce.

B. La question de savoir si la conception et la mise en œuvre de JARPA II sont raisonnables au regard des objectifs de recherche annoncés

127. La Cour observe que le plan de recherche de JARPA II décrit des sujets d'étude correspondant à quatre objectifs de recherche, et présente un programme d'activités prévoyant la collecte et l'analyse systématiques de données par des scientifiques. Ces objectifs entrent dans le cadre des catégories de recherche définies par le comité scientifique aux annexes Y et P (voir paragraphe 58 ci-dessus). Dès lors, au vu des éléments dont elle dispose, la Cour conclut que les activités de JARPA II impliquant le recours au prélèvement létal de baleines peuvent être globalement qualifiées de «recherches scientifiques». Il n'y a donc pas lieu, dans le cadre de la présente affaire, de donner une définition générale de la notion de «recherches scientifiques». En examinant les éléments de preuve relatifs à JARPA II, la Cour s'attachera donc plus particulièrement à la question de savoir si les baleines mises à mort, capturées et traitées dans le cadre de JARPA II le sont *en vue de* recherches scientifiques et si, par conséquent, ces activités peuvent être autorisées au titre de permis spéciaux délivrés en vertu du paragraphe 1 de l'article VIII de la convention. A cette fin, et tenant compte du critère d'examen applicable (voir paragraphe 67 ci-dessus), la Cour recherchera si la conception et la mise en œuvre de JARPA II sont raisonnables au regard des objectifs de recherche annoncés, en prenant en considération les éléments recensés ci-dessus (voir paragraphe 88).

(a) *Japan's decisions regarding the use of lethal methods*

128. Lethal methods are central to the design of JARPA II. However, it should be noted that the Parties disagree as to the reasons for that.

129. Japan states that it does not use lethal methods more than it considers necessary to meet research objectives and that lethal methods are "indispensable" in JARPA II because the programme's first two objectives require data that can only realistically be obtained from internal organs and stomach contents. Japan accepts that non-lethal biopsies and satellite tagging have been used for certain larger species of whales but states that these methods are not practical for minke whales. Japan also points out that, while certain relevant data may be obtainable by non-lethal means, such data would be of lesser quality or reliability, and, in some cases, would involve "unrealistic" amounts of time and expense.

130. By contrast, Australia maintains that Japan has an "unbending commitment to lethal take" and that "JARPA II is premised on the killing of whales". According to Australia, JARPA II, like JARPA before it, is "merely a guise" under which to continue commercial whaling. One of the experts called by Australia, Mr. Mangel, stated that JARPA II "simply assert[s] but [does] not demonstrate that lethal take is required". Australia further contends that a variety of non-lethal research methods, including satellite tagging, biopsy sampling and sighting surveys, are more effective ways to gather information for whale research and that the available technology has improved dramatically over the past quarter century since JARPA was first launched.

131. As previously noted, Australia does not challenge the use of lethal research methods per se. Australia accepts that there may be situations in which research objectives can, in fact, require lethal methods, a view also taken by the two experts that it called. However, it maintains that lethal methods must be used in a research programme under Article VIII only when "no other means are available" and the use of lethal methods is thus "essential" to the stated objectives of a programme.

132. In support of their respective contentions about the use of lethal methods in JARPA II, the Parties address three points: first, whether non-lethal methods are feasible as a means to obtain data relevant to the JARPA II research objectives; secondly, whether the data that JARPA II collects through lethal methods are reliable or valuable; and thirdly, whether before launching JARPA II Japan considered the possibility of

a) *Les décisions du Japon relatives au recours à des méthodes létales*

128. Les méthodes létales sont au cœur de la conception de JARPA II. Toutefois, il convient de noter que les Parties divergent sur le point de savoir pourquoi il en est ainsi.

129. Le Japon affirme qu'il n'a pas recours aux méthodes létales au-delà de ce qu'il juge nécessaire pour atteindre les objectifs de la recherche, et que ces méthodes sont «indispensables» à JARPA II car les deux premiers objectifs du programme nécessitent la collecte de données qui ne peuvent, de manière réaliste, être obtenues qu'à partir des organes internes et du contenu stomacal des baleines. Le Japon admet que des méthodes non létales, comme le prélèvement par biopsie ou le marquage et le suivi par satellite, ont été employées pour certaines espèces de baleines de grande taille, mais soutient qu'elles ne sont pas, en pratique, envisageables pour les petits rorquals. Il précise également que, s'il est possible de recueillir certaines données pertinentes par des moyens non létaux, les données ainsi obtenues seraient d'une qualité et d'une fiabilité inférieures et, dans certains cas, supposeraient des dépenses de temps et d'argent «irréalistes».

130. L'Australie, en revanche, dénonce «le parti pris inflexible du Japon en faveur des méthodes létales», et affirme que «JARPA II postule la nécessité de mettre à mort des baleines». Selon elle, JARPA II, tout comme, auparavant, JARPA, n'est «autre qu'un stratagème» pour poursuivre la chasse commerciale. L'un des experts cités par l'Australie, M. Mangel, a estimé que JARPA II «affirm[ait] tout simplement, mais sans le démontrer, que la prise létale [était] nécessaire». L'Australie avance en outre que différentes méthodes de recherche non létales, telles que le marquage et le suivi par satellite, le prélèvement par biopsie ou l'observation visuelle des baleines, constituent des moyens plus efficaces pour collecter des informations en vue de recherches sur les baleines, et que les techniques disponibles se sont considérablement perfectionnées au cours de ces vingt-cinq dernières années, c'est-à-dire depuis le lancement de JARPA.

131. Comme indiqué précédemment, l'Australie ne conteste pas l'emploi en soi de méthodes létales à des fins de recherche. Elle admet que, dans certains cas, les objectifs de recherche peuvent, de fait, rendre nécessaire le recours à pareilles méthodes, position également partagée par les deux experts qu'elle a fait entendre à l'audience. En revanche, elle soutient que ces méthodes ne doivent être utilisées dans le cadre d'un programme de recherche au titre de l'article VIII que «lorsqu'il ne peut être recouru à aucun autre moyen» et que les prises létales sont «nécessaires» à la réalisation des objectifs annoncés.

132. Afin d'étayer leurs positions respectives concernant le recours aux méthodes létales dans le cadre de JARPA II, les Parties se sont attachées à trois points: premièrement, celui de savoir s'il est possible de recourir à des méthodes non létales pour obtenir des données pertinentes au regard des objectifs de recherche du programme; deuxièmement, celui de savoir si les données collectées dans le cadre de JARPA II par des méthodes

making more extensive use of non-lethal methods. The Court considers these points in turn.

133. The Court notes that the Parties agree that non-lethal methods are not a feasible means to examine internal organs and stomach contents. The Court therefore considers that the evidence shows that, at least for some of the data sought by JARPA II researchers, non-lethal methods are not feasible.

134. Turning to the reliability and value of data collected in JARPA II, the Court heard conflicting evidence. For example, the experts called by Australia questioned the reliability of age data obtained from ear plugs and the scientific value of the examination of stomach contents, given pre-existing knowledge of the diet of the target species. The expert called by Japan disputed Australia's contentions regarding the reliability and value of data collected in JARPA II. This disagreement appears to be about a matter of scientific opinion.

135. Taking into account the evidence indicating that non-lethal alternatives are not feasible, at least for the collection of certain data, and given that the value and reliability of such data are a matter of scientific opinion, the Court finds no basis to conclude that the use of lethal methods is per se unreasonable in the context of JARPA II. Instead, it is necessary to look more closely at the details of Japan's decisions regarding the use of lethal methods in JARPA II, discussed immediately below, and the scale of their use in the programme, to which the Court will turn at paragraph 145 below.

136. The Court next examines a third aspect of the use of lethal methods in JARPA II, which is the extent to which Japan has considered whether the stated objectives of JARPA II could be achieved by making greater use of non-lethal methods, rather than by lethal sampling. The Court recalls that the JARPA II Research Plan sets lethal sample sizes at 850 minke whales (plus or minus 10 per cent), 50 fin whales and 50 humpback whales (see paragraph 123 above), as compared to a lethal sample size in JARPA of 400 minke whales (plus or minus 10 per cent) and no whales of the other two species (see paragraph 104 above).

137. As previously indicated, the fact that a programme uses lethal methods despite the availability of non-lethal alternatives does not mean that a special permit granted for such a programme necessarily falls outside Article VIII, paragraph 1 (see paragraph 83). There are, however, three reasons why the JARPA II Research Plan should have included some analysis of the feasibility of non-lethal methods as a means of reducing the planned scale of lethal sampling in the new programme. First,

létales sont fiables et utiles; et, troisièmement, celui de savoir si, avant de lancer son programme, le Japon a envisagé la possibilité de recourir plus largement à des méthodes non létales. La Cour examinera tour à tour ces différents points.

133. La Cour note l'accord des Parties sur le fait que les méthodes non létales ne permettent pas d'examiner les organes internes et le contenu stomacal. Elle considère par conséquent que, au vu des éléments de preuve dont elle dispose, il n'est pas possible, au moins pour certaines données que les chercheurs de JARPA II souhaitent obtenir, d'employer des méthodes non létales.

134. S'agissant de la fiabilité et de l'utilité des données collectées dans le cadre de JARPA II, des éléments de preuve contradictoires ont été présentés à la Cour. Ainsi, les experts cités par l'Australie ont mis en cause la fiabilité des données relatives à l'âge obtenues à partir du cérumen accumulé dans les oreilles ainsi que la valeur scientifique de l'examen du contenu stomacal, au vu des connaissances déjà acquises sur le régime des espèces cibles. L'expert cité par le Japon a, quant à lui, contesté les affirmations de l'Australie concernant la fiabilité et l'utilité des données collectées dans le cadre de JARPA II. Ce désaccord semble lié à une question d'appréciation scientifique.

135. Compte tenu des éléments de preuve indiquant qu'il n'est pas possible de recourir à d'autres moyens, non létaux, au moins en ce qui concerne la collecte de certaines données, et dès lors que l'utilité et la fiabilité de ces données sont une question d'appréciation scientifique, la Cour considère que rien ne permet de conclure que l'emploi de méthodes létales n'est pas, en soi, raisonnable dans le cadre de JARPA II. Il reste cependant à examiner plus en détail les décisions du Japon relatives à l'utilisation de telles méthodes dans le cadre de JARPA II (analysées dans les paragraphes qui suivent), ainsi que l'ampleur de cet échantillonnage létal, question sur laquelle la Cour se penchera au paragraphe 145 ci-dessous.

136. La Cour analysera à présent un troisième aspect du recours aux méthodes létales dans le cadre de JARPA II, à savoir la mesure dans laquelle le Japon a recherché si les objectifs annoncés de JARPA II pouvaient être atteints en ayant plus largement recours à des méthodes non létales. La Cour rappellera que le plan de recherche de JARPA II fixe à 850 spécimens (plus ou moins 10%) les tailles d'échantillon des petits rorquals, et à 50 spécimens celles des rorquals communs et des baleines à bosse (voir paragraphe 123 ci-dessus), contre 400 petits rorquals (plus ou moins 10%) et aucun spécimen des deux autres espèces dans le cadre de JARPA (voir paragraphe 104 ci-dessus).

137. Comme indiqué précédemment, le fait qu'un programme ait recours à des méthodes létales alors que des méthodes non létales sont disponibles ne signifie pas que le permis spécial au titre duquel il est mené soit nécessairement exclu des prévisions du paragraphe 1 de l'article VIII (voir paragraphe 83). Il existe néanmoins trois raisons pour lesquelles les auteurs du plan de recherche de JARPA II auraient dû, d'une manière ou d'une autre, se poser la question de la faisabilité des méthodes non létales,

IWC resolutions and Guidelines call upon States parties to take into account whether research objectives can be achieved using non-lethal methods. Japan has accepted that it is under an obligation to give due regard to such recommendations. Secondly, as noted above (see paragraphs 80 and 129), Japan states that, for reasons of scientific policy, "[i]t does not . . . use lethal means more than it considers necessary" and that non-lethal alternatives are not practical or feasible in all cases. This implies the undertaking of some type of analysis in order to ascertain that lethal sampling is not being used to a greater extent than is necessary in relation to achieving a programme's stated research objectives. Thirdly, the two experts called by Australia referred to significant advances in a wide range of non-lethal research techniques over the past 20 years and described some of those developments and their potential application with regard to JARPA II's stated objectives. It stands to reason that a research proposal that contemplates extensive lethal sampling would need to analyse the potential applicability of these advances in relation to a programme's design.

138. The Court did not hear directly from Japanese scientists involved in designing JARPA II. During the oral proceedings, however, a Member of the Court asked Japan what analysis it had conducted of the feasibility of non-lethal methods prior to setting the sample sizes for each year of JARPA II, and what bearing, if any, such analysis had had on the target sample sizes. In response, Japan referred to two documents: (1) Annex H to the 1997 interim review of JARPA by the Scientific Committee and (2) an unpublished paper that Japan submitted to the Scientific Committee in 2007.

139. The first of these documents is not an analysis of JARPA II and is not a study by Japan. It is a one-page summary by the Scientific Committee of opposing views within the Committee on the need to use lethal methods to collect information relating to stock structure. Japan stated that this document "formed the basis of section IX of the 2005 JARPA II Research Plan". Section IX, entitled "Necessity of Lethal Methods", comprises two short paragraphs that contain no reference to feasibility studies by Japan or to any consideration by Japan of developments in non-lethal research methods since the 1997 JARPA review. Japan identified no other analysis that was included in, or was contemporaneous with, the JARPA II Research Plan.

140. The 2007 document to which Japan refers the Court discusses the necessity of lethal methods in JARPA, not JARPA II. It states in summary format the authors' conclusions as to why certain biological parameters (listed in relation to particular JARPA objectives) required (or did

afin de réduire les tailles d'échantillon prévues par ce nouveau programme. Premièrement, les résolutions et les lignes directrices adoptées par la CBI invitent les Etats parties à rechercher si les objectifs de la recherche peuvent être atteints au moyen de méthodes non létales; le Japon a admis qu'il était tenu de prendre dûment en considération ces recommandations. Deuxièmement, comme indiqué ci-dessus (voir paragraphes 80 et 129), le Japon affirme que, pour des raisons de politique scientifique, «il ne fait pas usage de méthodes létales au-delà de la limite qu'il estime nécessaire» et que les solutions non létales ne sont pas toujours réalisables d'un point de vue pratique et scientifique. Cela implique la conduite d'une forme ou d'une autre d'analyse destinée à s'assurer qu'il n'est pas fait un usage excessif de l'échantillonnage létal au regard des objectifs de recherche annoncés. Troisièmement, les deux experts cités par l'Australie ont fait état d'importantes avancées réalisées dans le domaine des techniques non létales au cours des vingt dernières années, et ont expliqué en quoi consistaient certaines de ces innovations et comment elles pouvaient s'appliquer à la réalisation des objectifs annoncés de JARPA II. Il va de soi que, dans le cadre d'un programme de recherche envisageant de recourir largement aux prélèvements létaux, la possibilité de tirer parti de ces avancées doit être analysée au stade de la conception du programme.

138. Les scientifiques japonais qui ont participé à la conception de JARPA II ne se sont pas directement exprimés devant la Cour. A l'audience, un membre de la Cour a cependant interrogé le Japon sur le type d'analyse de faisabilité des méthodes non létales qu'il avait effectuée avant de déterminer la taille des échantillons à prélever chaque année dans le cadre du programme, et l'incidence que cette analyse avait eue, le cas échéant, sur la taille des échantillons retenue. En réponse à cette question, le Japon s'est référé à deux documents: 1) l'annexe H du rapport d'évaluation à mi-parcours de JARPA établi par le comité scientifique en 1997 et 2) un document non publié que le Japon a soumis au comité scientifique en 2007.

139. Le premier de ces documents n'est ni une analyse de JARPA II ni une étude menée par le Japon. Il s'agit d'un résumé d'une page, dans lequel le comité scientifique expose les vues opposées qui ont été exprimées en son sein sur la nécessité de recourir à des méthodes létales pour collecter des informations relatives à la structure des stocks. Le Japon a précisé que ce document «a[vait] servi de base à la section IX du plan de recherche de JARPA II de 2005». Cette section, intitulée «Nécessité des méthodes létales», comprend deux paragraphes succincts dans lesquels il n'est fait référence à aucune étude de faisabilité ni prise en considération de la part du Japon de l'évolution des méthodes de recherche non létales depuis l'évaluation de JARPA de 1997. Le Japon n'a mentionné aucune autre analyse qui aurait été incluse dans le plan de recherche de JARPA II, ou aurait été réalisée à la même époque.

140. Le document de 2007 auquel le Japon a renvoyé la Cour porte sur la nécessité de recourir à des méthodes létales dans le cadre de JARPA, et non de JARPA II. Y sont présentées sous forme de résumé les conclusions des auteurs quant à la question de savoir pourquoi certains para-

not require) lethal sampling, without any analysis and without reference to the JARPA II objectives.

141. Thus, there is no evidence of studies of the feasibility or practicability of non-lethal methods, either in setting the JARPA II sample sizes or in later years in which the programme has maintained the same sample size targets. There is no evidence that Japan has examined whether it would be feasible to combine a smaller lethal take (in particular, of minke whales) and an increase in non-lethal sampling as a means to achieve JARPA II's research objectives. The absence of any evidence pointing to consideration of the feasibility of non-lethal methods was not explained.

142. Decisions about the use of lethal methods in JARPA II must also be evaluated in light of the Court's previous conclusion that a programme for purposes of scientific research may not use lethal methods on a larger scale than is reasonable in relation to achieving its stated objectives in order to fund that research (see paragraph 94 above).

143. The 2007 paper that Japan called to the Court's attention (see paragraphs 138 and 140 above) states that JARPA's research objectives, which required the examination of internal organs and a large number of samples, meant that non-lethal methods were "impractical, cost ineffective and prohibitively expensive". It also states that "whale research is costly and therefore lethal methods which could recover the cost for research [are] more desirable". No analysis is included in support of these conclusions. There is no explanation of the relative costs of any methods or a comparison of how the expense of lethal sampling, as conducted under JARPA (or under JARPA II, which by 2007 was already operational), might be measured against the cost of a research programme that more extensively uses non-lethal alternatives.

144. The Court concludes that the papers to which Japan directed it reveal little analysis of the feasibility of using non-lethal methods to achieve the JARPA II research objectives. Nor do they point to consideration of the possibility of making more extensive use of non-lethal methods in order to reduce or eliminate the need for lethal sampling, either when JARPA II was proposed or in subsequent years. Given the expanded use of lethal methods in JARPA II, as compared to JARPA, this is difficult to reconcile with Japan's obligation to give due regard to IWC resolutions and Guidelines and its statement that JARPA II uses lethal methods only to the extent necessary to meet its scientific objectives. In addition, the 2007 paper to which Japan refers the Court suggests a preference for lethal sampling because it provides a source of funding to offset the cost of the research.

mètres biologiques (qui sont mis en rapport avec certains objectifs de JARPA) nécessitaient (ou non) de recourir à des prélèvements létaux; les objectifs de JARPA II, quant à eux, ne sont ni analysés ni mentionnés.

141. Il n'existe donc aucune trace d'études relatives au caractère scientifiquement ou pratiquement réalisable des méthodes non létales, que ce soit avant de fixer la taille des échantillons de JARPA II ou dans les années qui ont suivi, au cours desquelles les objectifs de capture sont demeurés inchangés. Rien n'indique que le Japon aurait recherché s'il était possible de combiner une réduction des prises létales (notamment de petits rorquals) et une augmentation des échantillons non létaux en vue d'atteindre les objectifs de recherche de JARPA II. L'absence de tout élément de preuve tendant à établir que la possibilité de recourir à des méthodes non létales a été envisagée n'a pas été expliquée.

142. La décision de recourir à des méthodes létales dans le cadre de JARPA II doit également s'apprécier à la lumière de la conclusion à laquelle la Cour est parvenue ci-dessus, à savoir qu'un programme mené en vue de recherches scientifiques ne doit pas, dans le but de financer ces recherches, faire usage de méthodes létales au-delà de ce qui est raisonnable au regard de ses objectifs annoncés (voir paragraphe 94 ci-dessus).

143. Il est indiqué dans le document de 2007 sur lequel le Japon a appelé l'attention de la Cour (voir paragraphes 138 et 140 ci-dessus) que les objectifs de recherche de JARPA, qui exigeaient le prélèvement d'organes internes et d'un grand nombre de spécimens, rendaient le recours à des méthodes non létales «irréalisable d'un point de vue pratique, peu rentable et d'un coût prohibitif». Il y est également indiqué que «les travaux de recherche sur les baleines sont onéreux, raison pour laquelle les méthodes létales qui permettent de recouvrer les coûts afférents à la recherche sont préférables». Aucune analyse ne vient étayer ces conclusions. Les coûts associés à l'une ou l'autre méthode ne sont pas comparés, pas plus que le coût des méthodes létales telles qu'employées dans le cadre de JARPA (ou de JARPA II, déjà opérationnel en 2007) n'est comparé à celui d'un programme de recherche dans lequel il serait davantage fait recours à des méthodes non létales.

144. La Cour conclut que les documents invoqués par le Japon révèlent que ce dernier, aussi bien au moment où JARPA II a été proposé que dans les années qui ont suivi, n'a pas suffisamment analysé la possibilité de recourir à des méthodes non létales afin d'atteindre les objectifs de recherche de JARPA II, pas plus qu'il ne s'est interrogé sur la possibilité de faire plus largement appel à ces méthodes afin de réduire, voire d'éliminer, la nécessité des prélèvements létaux. Au vu du recours accru aux méthodes létales par rapport à JARPA, ce constat cadre difficilement avec l'obligation incombant au Japon de prendre dûment en considération les résolutions et les lignes directrices de la CBI et avec son affirmation, selon laquelle il n'aurait recours aux méthodes létales dans le cadre de JARPA II que dans la limite nécessaire à la réalisation des objectifs scientifiques du programme. En outre, le document de 2007 auquel le Japon renvoie la Cour semble indiquer une préférence pour les prélèvements létaux, due au fait que cette méthode offre une source de financement susceptible de couvrir le coût de la recherche.

(b) *The scale of the use of lethal methods in JARPA II*

145. The scale of lethal methods used in JARPA II is determined by sample sizes, that is, the number of whales of each species to be killed each year. The Parties introduced extensive evidence on this topic, relying in particular on the JARPA II Research Plan, the actions taken under it in its implementation, and the opinions of the experts that each Party called.

146. Taking into account the Parties' arguments and the evidence presented, the Court will begin by comparing the JARPA II sample sizes to the sample sizes set in JARPA. It will then describe how sample sizes were determined in the JARPA II Research Plan and present the Parties' views on the sample sizes set for each of the three species. Finally, the Court will compare the target sample sizes set in the JARPA II Research Plan with the actual take of each species during the programme. Each of these aspects of the sample sizes selected for JARPA II was the subject of extensive argument by Australia, to which Japan responded in turn.

(i) *A comparison of JARPA II sample sizes to JARPA sample sizes*

147. The question whether the lethal sampling of whales under JARPA was "for purposes of scientific research" under Article VIII, paragraph 1, of the Convention is not before the Court. The Court draws no legal conclusions about any aspect of JARPA, including the sample sizes used in that programme. However, the Court notes that Japan has drawn comparisons between JARPA and JARPA II in addressing the latter programme and, in particular, the sample sizes that were chosen for JARPA II.

148. As noted above (see paragraph 104), JARPA originally proposed an annual sample size of 825 minke whales per season. This was reduced to 300 at JARPA's launch, and after a number of years was increased to 400 (plus or minus 10 per cent). Thus, the JARPA II sample size for minke whales of 850 (plus or minus 10 per cent) is approximately double the minke whale sample size for the last years of JARPA. As also noted above (see paragraph 110), JARPA II also sets sample sizes for two additional species — fin and humpback whales — that were not the target of lethal sampling under JARPA.

149. To explain the larger minke whale sample size and the addition of sample sizes for fin and humpback whales in JARPA II generally, Japan stresses that the programme's research objectives are "different and more sophisticated" than those of JARPA. Japan also asserts that the emergence of "a growing concern about climate change, including global

b) *L'ampleur du recours aux méthodes létales dans le cadre de JARPA II*

145. L'ampleur du recours aux méthodes létales dans le cadre de JARPA II est fonction de la taille des échantillons, autrement dit du nombre de spécimens de chaque espèce devant être tués chaque année. Les Parties ont fait valoir à cet égard de nombreux moyens, se fondant plus particulièrement sur le plan de recherche de JARPA II, les mesures prises dans le cadre de la mise en œuvre du programme, et les avis de leurs experts respectifs.

146. Tenant compte des arguments avancés par les Parties et des éléments de preuve versés au dossier, la Cour commencera par comparer les tailles d'échantillon retenues dans le cadre de JARPA II à celles qui l'avaient été dans le cadre de JARPA. Elle décrira ensuite la manière dont ces chiffres ont été déterminés dans le plan de recherche de JARPA II, et présentera les vues des Parties sur les objectifs de capture fixés pour chacune des trois espèces concernées. Enfin, elle rapportera le nombre de spécimens de chaque espèce effectivement capturés dans le cadre de la mise en œuvre de JARPA II aux tailles d'échantillon fixées dans le plan de recherche correspondant. L'Australie a consacré de longs développements à chacun de ces éléments relatifs aux tailles d'échantillon retenues dans le cadre de JARPA II, auxquels le Japon a répondu.

i) *Comparaison entre les tailles d'échantillon de JARPA II et de JARPA*

147. Il n'est pas demandé à la Cour de trancher la question de savoir si les baleines prélevées dans le cadre de JARPA l'étaient «en vue de recherches scientifiques» au sens du paragraphe 1 de l'article VIII de la convention. La Cour ne tirera de conclusion sur aucun des aspects de JARPA, dont la taille des échantillons. Elle relève toutefois que le Japon a établi des comparaisons entre JARPA et JARPA II, lorsqu'il a analysé ce dernier programme, et en particulier cette question de la taille des échantillons.

148. Comme indiqué ci-dessus (voir paragraphe 104), la taille de l'échantillon annuel de petits rorquals initialement envisagée dans le cadre de JARPA était de 825 spécimens par saison. Ramené à 300 au moment du lancement de ce programme, ce chiffre fut, au terme d'un certain nombre d'années, porté à 400 (avec une marge de 10%). L'objectif de capture pour les petits rorquals fixé dans le cadre de JARPA II — 850 (avec une marge de 10%) — représente ainsi à peu près le double de la taille de l'échantillon retenue dans les dernières années de JARPA. Comme il a de même déjà été indiqué ci-dessus (voir paragraphe 110), JARPA II fixait également des objectifs de capture pour deux autres espèces — les rorquals communs et les baleines à bosse — dont l'échantillonnage létal n'était pas prévu dans le cadre de JARPA.

149. Pour justifier à la fois cette augmentation de la taille de l'échantillon de petits rorquals et cette extension des prélèvements létaux aux rorquals communs et aux baleines à bosse, le Japon fait valoir que les objectifs de recherche de JARPA II sont «différents [de ceux de JARPA] et plus sophistiqués», et que «les préoccupations croissantes à l'égard du

warming, necessitated research whaling of a different kind from JARPA". In particular, Japan argues that "JARPA was focused on a one-time estimation of different biological parameters for minke whales, but JARPA II is a much more ambitious programme which tries to model competition among whale species and to detect changes in various biological parameters and the ecosystem". It is on this basis, Japan asserts, that the "new objectives" of JARPA II — "notably ecosystem research" — dictate the larger sample size for minke whales and the addition of sample size targets for fin and humpback whales.

150. Given Japan's emphasis on the new JARPA II objectives — particularly ecosystem research and constructing a model of multi-species competition — to explain the larger JARPA II sample size for minke whales and the addition of two new species, the comparison between JARPA and JARPA II deserves close attention.

151. At the outset, the Court observes that a comparison of the two Research Plans reveals considerable overlap between the subjects, objectives, and methods of the two programmes, rather than dissimilarity. For example, the research proposals for both programmes describe research broadly aimed at elucidating the role of minke whales in the Antarctic ecosystem. One of the experts called by Australia, Mr. Mangel, stated that JARPA II "almost exclusively focuses data collection on minke whales", which, the Court notes, was also true of JARPA. Specifically, both programmes are focused on the collection of data through lethal sampling to monitor various biological parameters in minke whales, including, in particular, data relevant to population trends as well as data relating to feeding and nutrition (involving the examination of stomach contents and blubber thickness). JARPA included both the study of stock structure to improve stock management and research on the effect of environmental change on whales (objectives that were not included in the original research proposal for JARPA, but were added later), and JARPA II also includes the study of these issues.

152. The Court notes that Japan states that "the research items and methods" of JARPA II are "basically the same as those employed for JARPA", which is why "the explanation for the necessity of lethal sampling provided regarding JARPA also applies to JARPA II". Australia makes the point that "in practice Japan collects the same data" under JARPA II "that it collected under JARPA". Japan also asserts broadly that both programmes "are designed to further proper and effective management of whale stocks and their conservation and sustainable use".

changement climatique, et en particulier du réchauffement planétaire, [ont] rendu nécessaire une chasse scientifique d'une autre nature que celle menée au titre de JARPA». Il soutient en particulier que, «si JARPA se limitait à une estimation unique de divers paramètres biologiques chez les petits rorquals, JARPA II est un programme bien plus ambitieux visant à modéliser la concurrence entre espèces de baleines et à suivre l'évolution de divers paramètres biologiques et de l'écosystème» et que, dès lors, les «nouveaux objectifs» de JARPA II — «notamment les travaux de recherche sur l'écosystème» — nécessitent de prélever un plus grand nombre de petits rorquals et d'étendre les prélèvements létaux aux rorquals communs et aux baleines à bosse.

150. Le Japon mettant l'accent sur les nouveaux objectifs propres à JARPA II — en particulier la recherche sur l'écosystème et la modélisation de la concurrence entre espèces — pour expliquer l'augmentation de la taille de l'échantillon de petits rorquals et l'ajout de deux nouvelles espèces, il convient de rechercher attentivement en quoi JARPA II se distingue de JARPA.

151. D'emblée, la Cour observera qu'une comparaison entre les deux plans de recherche révèle davantage de ressemblances que de différences entre les sujets d'étude, les objectifs et les méthodes de JARPA et de JARPA II: ainsi, selon l'un comme l'autre de ces plans, l'objectif global de la recherche envisagée consiste à déterminer le rôle que jouent les petits rorquals dans l'écosystème de l'Antarctique. L'un des experts cités par l'Australie, M. Mangel, a déclaré que JARPA II «limit[ait] la collecte de données presque exclusivement aux petits rorquals», ce qui, observe la Cour, était également vrai pour JARPA. En particulier, les deux programmes se fondent sur la collecte de données par prélèvement létal pour mesurer différents paramètres biologiques propres aux petits rorquals, et notamment de données (obtenues par l'analyse de l'épaisseur de graisse ou du contenu stomacal) à même de renseigner sur l'évolution des populations ou encore l'alimentation et la nutrition. Enfin, s'il n'était pas prévu, dans la proposition de recherche initiale, d'étudier la structure des populations afin d'en améliorer la gestion non plus que de chercher à déterminer les conséquences de la modification de l'environnement sur les cétacés, JARPA a par la suite intégré ces deux objectifs, qu'il partage donc avec JARPA II.

152. La Cour note le propos du Japon selon lequel les «méthodes de recherche [employées] et [les] paramètres étudiés» dans le cadre de JARPA et de JARPA II sont «globalement les mêmes» et que, dès lors, «les explications quant à la nécessité de procéder à des prélèvements létaux dans le cadre de JARPA valent également pour JARPA II». L'Australie a affirmé que, «en réalité, le Japon recueille» dans le cadre de JARPA II «des données identiques à celles qu'il recueillait dans le cadre du programme JARPA». Le Japon a aussi fait valoir de manière générale que l'un comme l'autre de ces deux programmes «vis[aient] à contribuer à une gestion adaptée et efficace des peuplements baleiniers, ainsi qu'à leur conservation et à leur exploitation durable».

153. Taken together, the overall research objectives of JARPA and JARPA II, as well as the subjects of study and methods used (i.e., extensive lethal sampling of minke whales) thus appear to have much in common, even if certain aspects differ. These similarities cast doubt on Japan's argument that the JARPA II objectives relating to ecosystem monitoring and multi-species competition are distinguishing features of the latter programme that call for a significant increase in the minke whale sample size and the lethal sampling of two additional species.

154. There is another reason to question whether the increased minke whale sample size in the JARPA II Research Plan is accounted for by differences between the two programmes. As previously noted, Japan launched JARPA II without waiting for the results of the Scientific Committee's final review of JARPA. Japan's explanation to the Court was that "it was important to keep the consistency and continuity in data obtained in the research area" and that waiting to commence JARPA II only following the final review of JARPA would have meant "no survey in one or two years". The JARPA II Research Plan also frames the monitoring of whale abundance trends and biological parameters as designed "to secure continuity with the data collected in JARPA".

155. This emphasis on the importance of continuity confirms the overlap in the focus of the two programmes and further undermines Japan's reliance on JARPA II's objectives to explain the larger minke whale sample size in JARPA II. Japan does not explain, for example, why it would not have been sufficient to limit the lethal take of minke whales during the "feasibility" phase of JARPA II (its first two years) to 440 minke whales, the maximum number of minke whales that were targeted during the final season of JARPA. Instead, 853 minke whales were taken during the first year of JARPA II, in addition to ten fin whales. This also meant that JARPA II began using the higher sample size for minke whales, and similar research methods (e.g., the examination of ear plugs to obtain age data and the examination of blubber thickness to assess nutritional conditions) without having yet received the benefit of any feedback from the final review of JARPA by the Scientific Committee.

156. These weaknesses in Japan's explanation for the decision to proceed with the JARPA II sample sizes prior to the final review of JARPA lend support to the view that those sample sizes and the launch date for JARPA II were not driven by strictly scientific considerations. These weaknesses also give weight to the contrary theory advanced by Australia — that Japan's priority was to maintain whaling operations without any pause, just as it had done previously by commencing JARPA in the first year after the commercial whaling moratorium had come into effect for it.

153. Les grands objectifs de recherche de JARPA et de JARPA II, ainsi que les sujets d'étude et les méthodes employées (c'est-à-dire le recours intensif à l'échantillonnage létal des petits rorquals), paraissent donc avoir beaucoup de points communs, même s'ils diffèrent par certains aspects. Ces similitudes jettent un doute sur l'argument invoqué par le Japon, selon lequel les objectifs de JARPA II relatifs au suivi de l'écosystème et à la concurrence entre espèces constituent des objectifs propres à ce programme requérant d'augmenter sensiblement la taille de l'échantillon de petits rorquals et d'étendre les prélèvements à deux autres espèces.

154. Mais il existe une autre raison de douter que l'augmentation de la taille de l'échantillon de petits rorquals dans le plan de recherche de JARPA II soit due à des différences entre les deux programmes. Comme cela a déjà été noté, le Japon a lancé JARPA II sans attendre les résultats de l'évaluation finale de JARPA réalisée par le comité scientifique. Il s'en est expliqué à la Cour en affirmant qu'«il était important d'assurer la cohérence et la continuité des données obtenues dans la zone de recherche» et que, s'il avait attendu cette évaluation finale pour lancer JARPA II, «aucune recherche n'aurait été conduite pendant un ou deux ans». De même, le plan de recherche de JARPA II indique que le suivi des tendances de l'abondance et des paramètres biologiques des baleines vise à «assurer la continuité avec les données recueillies dans le cadre de JARPA».

155. Cette insistance sur l'importance de la continuité vient confirmer les recoupements entre les objectifs des deux programmes et affaiblir davantage encore la thèse du Japon mettant l'accent sur la singularité des objectifs de JARPA II pour justifier l'augmentation de la taille de l'échantillon de petits rorquals. Le Japon n'explique pas, par exemple, pourquoi il n'aurait pu, pendant la phase de «faisabilité» de JARPA II (les deux premières années), se contenter de prélever 440 petits rorquals, soit le nombre maximal de spécimens ciblés pendant la dernière saison de JARPA. Or, de fait, 853 petits rorquals furent capturés au cours de la première année de JARPA II, ainsi que dix rorquals communs, l'objectif de capture des petits rorquals étant donc revu à la hausse et les mêmes méthodes utilisées que dans le cadre de JARPA (par exemple, l'examen des bouchons de cérumen pour obtenir des renseignements sur l'âge des spécimens capturés et l'examen de l'épaisseur de graisse pour évaluer leur état nutritionnel) sans qu'il ait pu être tiré parti des résultats d'une évaluation finale de JARPA par le comité scientifique.

156. Ces faiblesses de l'explication avancée par le Japon pour justifier sa décision de lancer JARPA II en y intégrant de nouveaux objectifs de capture avant que les résultats de JARPA n'aient fait l'objet d'une évaluation finale tendent à conforter l'idée que le choix des tailles d'échantillon et de la date de lancement de JARPA II n'obéissait pas à des considérations purement scientifiques. Ces faiblesses tendent également à accréditer la thèse de l'Australie, à savoir que la priorité du Japon était d'assurer la continuité de ses activités de chasse à la baleine, comme il l'avait déjà fait en lançant JARPA dans l'année qui suivit l'entrée en vigueur du moratoire sur la chasse commerciale.

(ii) *Determination of species-specific sample sizes*

157. Bearing in mind these observations regarding Japan's general explanation for the difference between the JARPA and JARPA II sample sizes, the Court turns next to the evidence regarding the way that Japan determined the specific target sample sizes for each of the three species in JARPA II.

158. As a general matter, Australia asserts that Japan has failed to provide "a coherent scientific rationale" for the JARPA II sample sizes. One of the experts called by Australia, Mr. Mangel, took the view that "[i]t is very difficult to understand the statistical basis for setting the level of lethal take" in JARPA II. He focused in particular on the determination of the particular sample sizes that would be required to study different parameters, stating that "a range is given and then a particular number is picked without any explanation for that number". In Australia's view, the JARPA II Research Plan fails adequately to provide the rationales for the choices made therein and employs inconsistent methodologies. In essence, Australia's contention is that Japan decided that it wished to take approximately 850 minke whales for purposes other than scientific research and then "retro-fitted" individual sample sizes to justify the overall sample size.

159. Japan asserts that, contrary to Australia's characterization of the programme, the JARPA II sample sizes "were calculated on the basis of carefully selected parameters, using a standard scientific formula, whilst also taking into account the potential effects of research on whale populations". Japan also argues that the sample sizes are based on "norms used by the Scientific Committee", which has never expressed "any specific concern about the JARPA II sample size".

The expert called by Japan, Mr. Walløe, also addressed the setting of sample sizes in JARPA II. He stated that "Japanese scientists have not always given completely transparent and clear explanations of how sample sizes were calculated or determined". He indicated, however, that the minke whale sample size seemed to be "of the right magnitude" on the basis of his own calculations (which were not provided to the Court). In addition, Professor Walløe stated his impression that JARPA II sample sizes had been "influenced by funding considerations", although he found this unobjectionable.

160. Based on Japan's arguments and the evidence that it has presented, including, in particular, the JARPA II Research Plan, the Court discerns five steps to this process of sample size determination.

161. The first step is to identify the types of information that are relevant to the broader objectives of the research. Japan refers to these as "research items". For example, the research items of interest in JARPA II

ii) *Détermination des tailles d'échantillon pour chaque espèce*

157. Ayant à l'esprit ces observations quant à l'explication générale avancée par le Japon pour justifier la différence entre les tailles d'échantillon retenues dans le cadre de JARPA et de JARPA II, la Cour examinera maintenant les éléments établissant la manière dont le Japon a déterminé les objectifs de capture propres à chacune des trois espèces étudiées dans le cadre de JARPA II.

158. De manière générale, l'Australie fait valoir que le Japon n'a pas fourni «d'explication scientifique cohérente» pour justifier la taille des échantillons de JARPA II. M. Mangel, l'un des experts qu'elle a cités, a estimé qu'il était «très difficile de comprendre la base statistique utilisée pour calculer le nombre de prises létales» de JARPA II. Il s'est arrêté notamment sur la manière dont avait été déterminée la taille des échantillons nécessaire à l'étude de divers paramètres, affirmant que «différents ordres de grandeur possibles [avaient été présentés] et qu'une valeur [avait été] retenue sans la moindre explication». D'après l'Australie, le plan de recherche de JARPA II n'explique pas comme il se doit les choix effectués et dénote un manque de rigueur méthodologique. L'Australie affirme en substance que le Japon a d'abord pris la décision de prélever, à des fins qui étaient étrangères à la recherche scientifique, environ 850 petits rorquals et n'a défini que rétrospectivement, pour chaque paramètre, des tailles d'échantillon à même de justifier l'objectif de capture global qu'il s'était ainsi fixé.

159. Le Japon soutient que, contrairement aux dires de l'Australie, les tailles d'échantillon retenues dans le cadre de JARPA II ont été «établie[s] sur la base de paramètres soigneusement sélectionnés, à l'aide d'une formule scientifique courante, tout en tenant compte des effets potentiels des recherches sur les populations baleinières», ainsi que sur la base des «normes utilisées par le comité scientifique», lequel ne s'en est «à aucun moment spécifiquement inquiété».

M. Walløe, l'expert cité par le Japon, a également abordé la question du calcul des tailles d'échantillon dans le cadre de JARPA II. Il a déclaré que «les scientifiques japonais n'[avaient] pas toujours fourni d'explications complètement claires et transparentes sur la manière dont la taille des échantillons a[vait] été calculée ou déterminée», tout en précisant que, d'après les calculs qu'il avait effectués, «l'ordre de grandeur» de la taille d'échantillon retenue pour les petits rorquals lui paraissait «correct» (lesdits calculs n'ont pas été communiqués à la Cour). Il a par ailleurs déclaré avoir eu l'impression que la taille des échantillons de JARPA II «était également influencée par des considérations de financement», sans toutefois y voir aucune objection.

160. A la lumière des arguments et des éléments de preuve présentés par le Japon, notamment du plan de recherche de JARPA II, la Cour distingue cinq étapes dans ce processus de détermination des tailles d'échantillon.

161. La première de ces étapes consiste à déterminer le type d'éléments — ou «paramètres», comme les appelle le Japon — revêtant une pertinence au regard des objectifs plus généraux de la recherche. Parmi les

include pregnancy rate, the age at which whales reach sexual maturity and feeding patterns.

162. The second step is to identify a means to obtain the data relevant to a given research item. For example, Japan maintains that it is necessary to collect ear plugs from whales in order to determine age, that stomach contents can be examined to evaluate eating habits, and that measuring blubber thickness is a means to study changes in prey conditions (e.g., the availability of krill as a food source).

163. After it has been determined that information relevant to a research item is to be obtained from lethal sampling, the third step is to determine how many whales are necessary in order to have a sufficiently large number of samples to detect changes relevant to the particular research item. For several research items, the determination of this number takes into account at least three variables: (i) the level of accuracy sought; (ii) the change to be measured; and (iii) the research period (i.e., the time within which a change is to be detected). This means that the number of whales needed for a particular research item depends, for example, on how accurate the results are required to be, on whether the change to be measured is large or small, and on the period over which one seeks to detect that change.

164. For a given research item, a standard equation is used to perform a calculation that shows the effect that differences in these variables would have on sample size. Australia did not challenge Japan's use of that equation.

165. To illustrate this third step, the Court calls attention to one example from the JARPA II Research Plan that shows how the researchers approached the selection of a sample size for a particular research item: the change in the proportion of pregnant minke whales in the population of mature female whales. The relevant table from the Research Plan, which appears as Table 2 to Appendix 6 ("Sample sizes of Antarctic minke, humpback and fin whales required for statistical examination of yearly trend in biological parameters") to that document, is reproduced below. The far-left column shows that the JARPA II researchers considered using either a six-year or a 12-year research period and the second column shows that they considered using either of two estimates of the "initial rate" (i.e., whether the proportion of pregnant minke whales in the population of mature female whales at the start of the research was 80 or 90 per cent). The researchers then calculated how many whales would be required -- depending on the research period and the estimated "initial rate" — to detect different rates of change in the proportion of pregnant minke whales (shown in percentages in the top row of the chart). The table is set forth below:

paramètres étudiés dans le cadre de JARPA II figurent ainsi le taux de gestation, l'âge auquel les baleines atteignent la maturité sexuelle ou encore le comportement alimentaire.

162. La deuxième consiste à déterminer la manière d'obtenir les informations requises pour l'étude d'un paramètre donné, le Japon soutenant par exemple qu'il est nécessaire de prélever des bouchons de cérumen pour déterminer l'âge des baleines, que l'analyse du contenu stomacal permet de tirer certaines conclusions quant aux habitudes alimentaires, et que l'on peut, en mesurant l'épaisseur de graisse, étudier les changements qui affectent l'état des ressources alimentaires (par exemple, la disponibilité du krill).

163. Dès lors qu'il a été établi que les données requises pour l'étude de tel ou tel paramètre doivent être obtenues par échantillonnage létal, la troisième étape consiste à déterminer le nombre de spécimens qu'il est nécessaire de prélever afin de disposer d'un échantillon suffisamment important pour pouvoir déceler des variations pertinentes pour le paramètre en question. Pour plusieurs d'entre eux, trois variables au moins sont prises en compte: i) le degré d'exactitude recherché; ii) les variations qu'il s'agit de détecter; et iii) la période de recherche (c'est-à-dire la période sur laquelle une variation doit être détectée). Ainsi, le nombre de spécimens nécessaire à l'étude de tel ou tel paramètre sera notamment fonction du degré d'exactitude que devront revêtir les résultats, de l'ampleur de la variation qu'il s'agira de mesurer et du délai que l'on se fixera pour ce faire.

164. Pour un paramètre donné, une équation type permet de calculer les répercussions, sur la taille de l'échantillon, du choix de différentes valeurs. L'Australie n'a pas contesté l'équation utilisée par le Japon à cette fin.

165. La Cour illustrera cette troisième étape à l'aide d'un exemple tiré du plan de recherche de JARPA II, qui montre comment les chercheurs ont fixé la taille de l'échantillon nécessaire à l'étude d'un paramètre particulier, à savoir l'évolution, chez les petits rorquals, de la proportion de femelles gestantes au sein de la population de femelles adultes. Le tableau pertinent, extrait du plan de recherche, qui constitue le tableau 2 de l'appendice 6 («Taille des échantillons de petits rorquals de l'Antarctique, de baleines à bosse et de rorquals communs nécessaires à l'étude statistique de l'évolution annuelle des paramètres biologiques») de ce document, est reproduit ci-dessous. L'on voit, dans la colonne de gauche, que les chercheurs de JARPA II ont envisagé l'utilisation de deux périodes de recherche (six ou douze ans) et, dans la deuxième colonne, qu'ils ont retenu deux valeurs possibles (80 ou 90%) pour le «taux initial» (soit la proportion de femelles gestantes dans la population de femelles adultes au début de la période de recherche). Ils ont ensuite calculé le nombre de spécimens nécessaires — en fonction de la période de recherche et du «taux initial» qui seraient retenus — pour détecter différents taux de variation dans la proportion des femelles gestantes au sein de la population étudiée (que fait apparaître, en pourcentage, la première ligne du tableau). Ce tableau est reproduit ci-dessous:

Table 2. Total sample size of Antarctic minke whales required for statistical examination of yearly trend [in the proportion of pregnant minke whales in the population of mature female whales]

Research period	Initial rate (%)	Rate of change									
		+1%	-1%	+1.5%	-1.5%	+2%	-2%	+2.5%	-2.5%	+3%	-3%
6 years	80	2022	2544	984	1089	618	591	462	369	402	249
	90	912	1617	609	663	–	348	–	210	–	138
12 years	80	189	312	129	132	–	72	–	45	–	30
	90	–	213	–	87	–	45	–	27	–	18

(*Source:* Counter-Memorial of Japan, Vol. IV, Ann. 150, App. 6.)

166. This table illustrates how the selection of a particular value for each variable affects the sample size. For example, the decision to use a particular research period has a pronounced effect on the sample size. In order to detect a rate of change of minus 1.5 per cent and assuming an initial rate of 90 per cent (which were the criteria ultimately chosen by JARPA II researchers), a six-year period requires an annual sample size of 663 whales while the 12-year period requires an annual sample size of 87 whales. The table also illustrates that small differences in the rate of change to detect can have a considerable effect on sample size. For example, in order to detect a change of minus 1 per cent over a six-year period (assuming an initial rate of 90 per cent), the required yearly sample size is 1,617 whales. To detect a change of minus 2 per cent under the same circumstances, the required yearly sample size is 348 whales.

167. The fourth step is the selection of a particular sample size for each research item from the range of sample sizes that have been calculated depending on these different underlying decisions relating to level of accuracy, rate of change and research period. With respect to the above example, the JARPA II researchers recommended a sample size in the range of 663 to 1,617 whales in order to detect a rate of change from minus 1 to minus 1.5 per cent within a six-year period.

168. Based on the evidence presented by Japan, after the JARPA II researchers select a particular sample size for each research item, the fifth and final step in the calculation of sample size is to choose an overall sample size in light of the different sample sizes (or ranges of sample sizes, as in the above example) required for different aspects of the study. Because different research items require different sample sizes, it is necessary to select an overall sample size for each species that takes into account these different research requirements.

Tableau 2. Taille globale de l'échantillon de petits rorquals de l'Antarctique nécessaire à l'étude statistique de l'évolution annuelle [de la proportion de femelles gestantes au sein de la population de femelles adultes]

Période de recherche	Taux initial (%)	Taux de variation									
		+1%	–1%	+1,5%	–1,5%	+2%	–2%	+2,5%	–2,5%	+3%	–3%
6 ans	80	2022	2544	984	1089	618	591	462	369	402	249
	90	912	1617	609	663	–	348	–	210	–	138
12 ans	80	189	312	129	132	–	72	–	45	–	30
	90	–	213	–	87	–	45	–	27	–	18

(*Source:* Contre-mémoire du Japon, vol. IV, annexe 150, appendice 6.)

166. Ce tableau illustre l'incidence qu'aura sur la taille de l'échantillon la valeur retenue pour chacune des variables. Le choix d'une période de recherche donnée, par exemple, aura sur cette taille un effet notable: s'il s'agit de déceler un taux de variation de moins 1,5%, en fixant un taux initial de 90% (soit les valeurs finalement retenues par les chercheurs de JARPA II), la taille de l'échantillon devra être de 663 spécimens par an si la période de recherche est de six ans, mais de 87 si elle est de douze ans. Il ressort également du tableau que des différences minimes du taux de variation qu'il s'agit de détecter peuvent avoir des répercussions considérables sur la taille de l'échantillon. Ainsi, pour déceler une variation de moins 1% sur une période de six ans (dans l'hypothèse d'un taux initial de 90%), l'objectif de capture annuel s'élèvera à 1617 spécimens, tandis que, dans le cas d'une variation de moins 2%, et toutes choses étant égales par ailleurs, ce nombre sera ramené à 348.

167. La quatrième étape consiste, à partir de la fourchette des tailles d'échantillon possibles en fonction des différents choix effectués en amont quant au degré d'exactitude, au taux de variation et à la période de recherche, à choisir une taille d'échantillon pour chacun des paramètres étudiés. S'agissant de l'exemple évoqué ci-dessus, les chercheurs de JARPA II ont recommandé un nombre de prélèvements compris entre 663 et 1617, afin de détecter un taux de variation compris entre moins 1 et moins 1,5% au cours d'une période de six ans.

168. D'après les éléments de preuve présentés par le Japon, une fois la taille de l'échantillon choisie pour chacun des paramètres étudiés, la cinquième et dernière étape consiste, pour les chercheurs de JARPA II, à déterminer un objectif de capture global compte tenu des différentes tailles d'échantillon (ou intervalles de valeurs, comme dans l'exemple donné ci-dessus) retenues aux fins des divers aspects de la recherche. Chaque paramètre étudié requérant une taille d'échantillon distincte, il est nécessaire de fixer, pour chaque espèce, une taille globale qui prenne en compte l'ensemble de ces objets d'étude.

169. To determine the overall sample size for Antarctic minke whales in JARPA II, for example, Japan asserts that it looked at the possible sample size ranges for each research item and selected the sample size of 850 (plus or minus 10 per cent) because that number of whales can provide sufficient data on most research items with "a reasonable level of statistical accuracy overall", but "will cause no harm to the stock".

170. It is important to clarify which steps in the above-described process give rise to disagreement between the Parties, in order to bring into focus the reasons for the Parties' detailed arguments in relation to sample sizes. As discussed above, there is disagreement about whether lethal methods are warranted and whether the information being gathered through the use of lethal methods is reliable and valuable (the first and second steps), but that disagreement is addressed elsewhere in this Judgment (see paragraphs 128-144). The proceedings revealed some areas of methodological agreement in respect of the third step. For example, the equation and the calculations used to create tables like the one shown above are not in dispute. There is also agreement that researchers need to make choices about variables such as the rate of change to detect or the length of a research period as part of the design of a scientific programme.

171. For present purposes, the critical differences between the Parties emerge at the fourth and fifth steps of the process of setting sample sizes. These differences are reflected in the arguments of the Parties summarized above (see paragraphs 157-159).

172. In considering these contentions by the Parties, the Court reiterates that it does not seek here to pass judgment on the scientific merit of the JARPA II objectives and that the activities of JARPA II can broadly be characterized as "scientific research" (see paragraphs 88 and 127 above). With regard to the setting of sample sizes, the Court is also not in a position to conclude whether a particular value for a given variable (e.g., the research period or rate of change to detect) has scientific advantages over another. Rather, the Court seeks here only to evaluate whether the evidence supports a conclusion that the sample sizes are reasonable in relation to achieving JARPA II's stated objectives.

173. The Court begins by considering the way that Japan set the target sample sizes for fin and humpback whales.

(1) *Fin and humpback whales*

174. For fin whales and humpback whales, the annual JARPA II lethal sample size is 50 per species. The JARPA II Research Plan states that the

169. Ainsi, le Japon affirme que, pour déterminer la taille globale de l'échantillon de petits rorquals de l'Antarctique dans le cadre de JARPA II, il a examiné les différentes fourchettes possibles pour chacun des paramètres étudiés et fixé la taille de l'échantillon à 850 (plus ou moins 10%), car ce nombre permettait d'obtenir des données suffisantes pour la plupart de ces paramètres avec «un degré d'exactitude statistique raisonnable globalement», tout en étant suffisamment faible pour «ne pas porter préjudice au stock».

170. Pour replacer dans leur contexte les arguments développés par les Parties quant aux tailles d'échantillon, il importe de préciser quelles sont les étapes du processus susmentionné sur lesquelles elles s'opposent. Comme indiqué ci-dessus, les Parties sont en désaccord sur la question de savoir si le recours à des méthodes létales est justifié ainsi que sur l'utilité et la fiabilité des renseignements obtenus (les première et deuxième étapes), mais ce point est traité ailleurs dans le présent arrêt (voir paragraphes 128-144). La procédure a par ailleurs révélé certains points d'accord quant aux méthodes appliquées dans le cadre de la troisième étape. Ainsi, l'équation et les calculs utilisés pour créer des tableaux tels que celui reproduit ci-dessus ne sont pas contestés. Les Parties conviennent en outre qu'il appartient aux chercheurs, dans le cadre de la conception d'un programme scientifique, de choisir les valeurs qu'ils attribueront aux variables utilisées, telles que le taux de variation qu'il s'agit de détecter ou la durée de la période de recherche.

171. C'est à l'égard des quatrième et cinquième étapes du processus de détermination des tailles d'échantillon qu'apparaissent, aux fins de la présente analyse, les principales divergences entre les Parties. Celles-ci sont reflétées dans les arguments des Parties résumés ci-dessus (voir paragraphes 157-159).

172. La Cour rappelle qu'elle n'entend pas, en examinant ces arguments, se prononcer sur le bien-fondé scientifique des objectifs de JARPA II et que les activités menées dans le cadre de ce programme peuvent être globalement qualifiées de «recherches scientifiques» (voir paragraphes 88 et 127 ci-dessus). S'agissant de la détermination de la taille des échantillons, elle n'est pas davantage en mesure de statuer sur l'intérêt scientifique que pourrait avoir le choix, pour une variable donnée, de telle valeur plutôt que de telle autre (la période de recherche ou le taux de variation à détecter, par exemple). La Cour se bornera ici à apprécier si, au vu des éléments de preuve dont elle dispose, il lui est possible de conclure que les tailles d'échantillon sont raisonnables au regard des objectifs annoncés de JARPA II.

173. La Cour commencera par se pencher sur les modalités de calcul des tailles d'échantillon utilisées par le Japon dans le cas des rorquals communs et des baleines à bosse.

1) *Rorquals communs et baleines à bosse*

174. Le nombre de rorquals communs et de baleines à bosse à prélever dans le cadre de JARPA II a été fixé à 50 par an pour chacune des

same conditions and criteria were used to set sample sizes for the two species, so the Court considers them together.

175. Sample sizes for both species were calculated on the basis of two "research items": apparent pregnancy rate and age at sexual maturity. The JARPA II Research Plan describes these research items, which according to Japan involve the examination of ear plugs and reproductive organs, as essential to the objectives of the programme. The Research Plan does not indicate the reason for using only two parameters to establish the sample sizes for these two species, as compared to the larger number of parameters used to calculate the minke whale sample size (see paragraph 182 below). As noted above, however (see paragraphs 165-166), a review of the JARPA II Research Plan establishes that decisions concerning, for example, the particular rate of change to detect, among other relevant variables, have a pronounced impact on the resulting sample size.

176. Although the JARPA II Research Plan sets forth possible sample sizes for fin and humpback whales that contemplate both six-year and 12-year research periods, the plan explains that researchers chose to use the 12-year research period for both species. It states that a six-year period would be "preferable since the research programme will be reviewed every six years" but would require "large" sample sizes. The Research Plan states that a 12-year period was thus chosen as a "precautionary approach". In the oral proceedings, Japan offered an additional reason for the choice of a 12-year period: that a shorter period is unnecessary for these two species because implementation of the RMP for fin and humpback whales is not yet under consideration.

177. The Court does not need to decide whether a particular research period, taken in isolation, is more or less appropriate for a given species of whales. The selection of a 12-year period for two of three species, however, must be considered in light of other aspects of the design of JARPA II, including the selection of a six-year research period for detecting various changes in minke whales. In particular, Japan emphasizes multi-species competition and ecosystem research as explanations for the minke whale sample size of 850, as well as for including fin and humpback whales in the programme. JARPA II was designed with a six-year "research phase" after which a review will be held and revisions may be made. It is difficult to see how there could be a meaningful review of JARPA II in respect of these two critical objectives after six years if the research period for two of three species is 12 years.

178. Thus, the selection of a 12-year research period for fin whales and humpback whales is one factor that casts doubt on the centrality of the

deux espèces. Le plan de recherche de JARPA II indiquant que ces objectifs de capture ont été déterminés en fonction des mêmes conditions et des mêmes critères, la Cour les examinera conjointement.

175. La taille de l'échantillon a, dans les deux cas, été calculée sur la base de deux «paramètres»: le taux de gestation apparent et l'âge de la maturité sexuelle. Le plan de recherche de JARPA II présente ces éléments, dont l'étude suppose, d'après le Japon, l'examen des bouchons de cérumen et des organes reproducteurs, comme essentiels aux objectifs du programme. Il ne précise pas pourquoi deux paramètres seulement sont utilisés pour établir le nombre de spécimens de ces deux espèces qu'il s'agit de prélever, et non davantage, comme pour le calcul de la taille de l'échantillon de petits rorquals (voir paragraphe 182 ci-dessous). Or, ainsi qu'exposé ci-dessus (voir paragraphes 165-166), il ressort d'une analyse du plan de recherche de JARPA II que les décisions concernant, par exemple, le taux spécifique de variation à déceler, entre autres variables pertinentes, ont une incidence notable sur la taille de l'échantillon.

176. S'il présente, s'agissant des rorquals communs et des baleines à bosse, des tailles d'échantillon possibles aussi bien pour une période de recherche de six ans que pour une période de recherche de douze ans, le plan de recherche de JARPA II précise que les chercheurs ont, dans les deux cas, opté pour la seconde de ces valeurs: il serait certes, y lit-on, «préférable» de prévoir une période de six ans «puisque le programme de recherche fera l'objet d'un examen tous les six ans», mais ce choix impliquant de prélever un nombre «important» de spécimens, la période de douze ans a été privilégiée, suivant une «approche de précaution». A l'audience, le Japon a avancé une autre raison pour justifier ce choix, affirmant qu'une période de recherche plus courte ne s'imposait pas pour les rorquals communs et les baleines à bosse, espèces à l'égard desquelles la mise en œuvre de la RMP n'était pas encore envisagée.

177. Il n'y a pas lieu pour la Cour de déterminer si le choix de telle ou telle période de recherche est, en soi, plus ou moins approprié pour une espèce de baleines donnée. En revanche, le choix d'une période de douze ans pour deux des trois espèces étudiées doit être examiné à la lumière d'autres caractéristiques du projet, y compris le choix d'une période de six ans seulement pour détecter divers changements affectant les populations de petits rorquals. En particulier, le Japon a mis en avant deux éléments pour expliquer son choix de fixer à 850 spécimens la taille de l'échantillon de petits rorquals, ainsi que sa décision d'étendre le programme aux baleines à bosse et aux rorquals communs: l'étude de la concurrence entre espèces et la recherche sur l'écosystème. JARPA II devait débuter par une «phase de recherche» de six ans, au terme de laquelle un examen aurait lieu et des corrections seraient apportées. Or, on voit mal comment, pour ces deux objectifs essentiels, ce programme pourrait, au terme de six ans, faire utilement l'objet d'un examen si la période de recherche a, pour deux des trois espèces étudiées, été fixée à douze ans.

178. Ainsi, si le Japon met en avant ces objectifs pour justifier sa décision de fixer à 850 spécimens (plus ou moins 10%) la taille de l'échantillon de

objectives that Japan highlights to justify the minke whale sample size of 850 (plus or minus 10 per cent).

179. Another factor casts doubt on whether the design of JARPA II is reasonable in relation to achieving the programme's stated objectives. The overall sample sizes selected for fin and humpback whales — 50 whales of each species per year — are not large enough to allow for the measurement of all the trends that the programme seeks to measure. Specifically, the JARPA II Research Plan states that at least 131 whales of each species should be taken annually to detect a particular rate of change in age at sexual maturity. The Research Plan does not indicate whether the researchers decided to accept a lower level of accuracy or instead adjusted the rate of change that they sought to detect by targeting fewer whales, nor did Japan explain this in the present proceedings. In light of the calculations of its own scientists, JARPA II does not appear designed to produce statistically relevant information on at least one central research item to which the JARPA II Research Plan gives particular importance.

180. The Court also notes that the expert called by Japan, Mr. Walløe, raised concerns about the fin whale component of JARPA II that go beyond the sample size. Mr. Walløe testified that the fin whale proposal was "not very well conceived" for two reasons. He stated that random sampling of fin whales within the JARPA II research area is not possible, first, because the main fin whale population is beyond the JARPA II research area — further to the north — and, secondly, because the JARPA II vessels can only accommodate the lethal take of smaller fin whales (a point also raised by Australia). The Court recalls that Japan identified random sampling as an element of a programme for purposes of scientific research.

181. The Court finds that the JARPA II Research Plan overall provides only limited information regarding the basis for the decisions used to calculate the fin and humpback whale sample size. These sample sizes were set using a 12-year period, despite the fact that a shorter six-year period is used to set the minke whale sample size and that JARPA II is to be reviewed after each six-year research phase. Based on Japan's own calculations, the sample sizes for fin and humpback whales are too small to produce statistically useful results. These shortcomings, in addition to the problems specific to the decision to take fin whales, as noted in the preceding paragraph, are important to the Court's assessment of whether the overall design of JARPA II is reasonable in relation to the programme's objectives, because Japan connects the minke whale sample size (discussed below) to the ecosystem research and multi-species competition objectives that, in turn, are premised on the lethal sampling of fin and humpback whales.

petits rorquals, son choix de retenir une période de recherche de douze ans dans le cas des rorquals communs et des baleines à bosse est un élément qui amène à douter qu'ils en constituent effectivement la motivation principale.

179. Un autre facteur incite à douter du caractère raisonnable de la conception de JARPA II au regard de ses objectifs déclarés: le fait que les objectifs globaux de capture retenus pour les rorquals communs et les baleines à bosse — 50 spécimens par espèce et par an — sont insuffisants aux fins d'évaluer l'ensemble des variations que le programme vise à mesurer. Plus précisément, le plan de recherche de JARPA II indique qu'il est nécessaire, pour pouvoir détecter un taux de variation donné de l'âge de la maturité sexuelle, de prélever, pour chaque espèce, un minimum de 131 spécimens par an. Il ne précise pas si les chercheurs se sont résolus à accepter un moindre degré d'exactitude ou ont simplement ajusté le taux de variation qu'ils entendaient détecter en revoyant à la baisse leur objectif de capture, et le Japon ne l'a pas davantage explicité au cours de la présente procédure. Ainsi, d'après les calculs de ses propres chercheurs, JARPA II ne semble pas avoir vocation à produire des résultats statistiquement significatifs en ce qui concerne l'un, au moins, des paramètres essentiels auxquels son plan de recherche accorde une importance particulière.

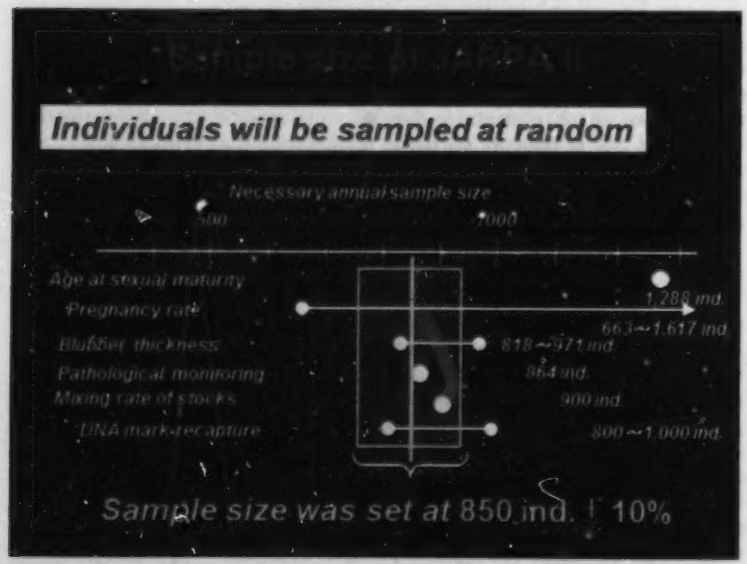
180. La Cour observe également que M. Walløe, expert cité par le Japon, a formulé à propos du volet de JARPA II consacré aux rorquals communs des réserves qui vont au-delà de la taille de l'échantillon. Il a affirmé devant la Cour que ce volet était «mal conçu» car l'échantillonnage ne pouvait être aléatoire dans la zone étudiée pour deux raisons, l'une étant que la majeure partie de cette population évoluait hors de la zone en question — plus au nord — et l'autre, que les navires utilisés dans le cadre de JARPA II permettaient uniquement la capture de spécimens de petite taille (un point qu'a également soulevé l'Australie). La Cour rappelle que le Japon a décrit l'échantillonnage aléatoire comme l'un des éléments d'un programme mené à des fins de recherche scientifique.

181. La Cour estime que le plan de recherche de JARPA II ne fournit, dans l'ensemble, que des informations partielles quant aux bases de calcul de la taille des échantillons de rorquals communs et de baleines à bosse. Les objectifs de capture ont été fixés sur une période de douze ans, bien qu'une période de six ans seulement ait servi à déterminer la taille de l'échantillon de petits rorquals et qu'un examen de JARPA II doive avoir lieu au terme de chaque phase de recherche sexennale. D'après les propres calculs du Japon, les objectifs de capture retenus pour les rorquals communs et les baleines à bosse sont trop limités pour produire des résultats statistiquement significatifs. La Cour, qui est appelée à déterminer si la conception de JARPA II est raisonnable au regard des objectifs poursuivis, juge à cet égard importantes les faiblesses relevées ci-dessus, qui s'ajoutent aux problèmes propres à la décision de prélever des rorquals communs évoqués au paragraphe précédent, car le Japon rattache le choix de la taille de l'échantillon de petits rorquals (sera discuté ci-dessous) à des objectifs en matière de recherche sur l'écosystème et d'étude de la concurrence entre espèces qui impliquent quant à eux l'échantillonnage létal de rorquals communs et de baleines à bosse.

(2) *Antarctic minke whales*

182. The Court turns next to the design of the sample size for Antarctic minke whales in JARPA II. The JARPA II Research Plan indicates that the overall sample size for minke whales was chosen following Japan's calculation of the minimum sample size for a number of different research items, including age at sexual maturity, apparent pregnancy rate, blubber thickness, contaminant levels, mixing patterns between different stocks and population trends. The plan further states that for most parameters "the sample sizes calculated were in a range of 800-1,000 animals with more than 800 being desirable". Japan describes the process that it followed to determine the overall sample size for minke whales with reference to the following illustration that appears as Figure 5-4 in its Counter-Memorial:

— Figure 5-4: "Necessary annual sample sizes for respective research items under JARPA II, which was calculated by the established statistical procedures (*source:* Institute of Cetacean Research)."



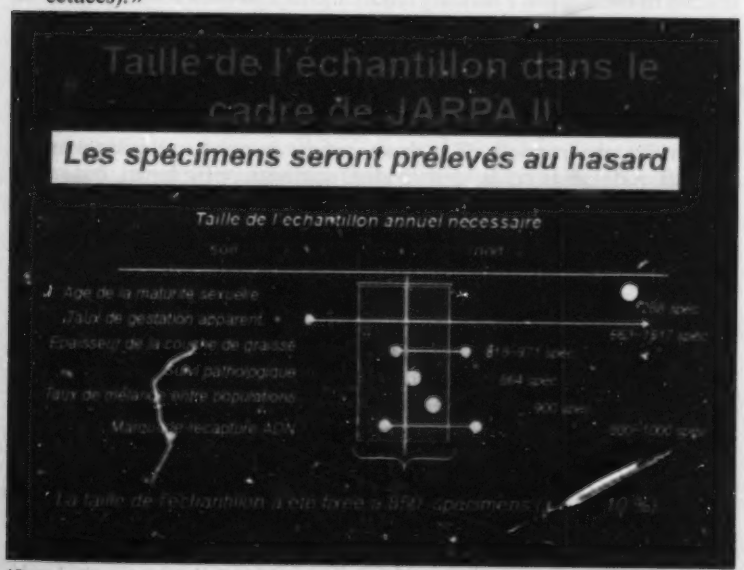
(*Source:* Counter-Memorial of Japan, Vol. I, p. 261.)

183. As depicted in this illustration, the overall sample size falls within a range that corresponds to what the JARPA II Research Plan sets forth as the minimum requirements for most of the research that JARPA II is designed to undertake. Japan asserts that for this reason, the overall

2) *Petits rorquals de l'Antarctique*

182. La Cour en vient à la manière dont a été fixée la taille de l'échantillon de petits rorquals de l'Antarctique dans le cadre de JARPA II. Le plan de recherche indique que, pour cette espèce, l'objectif de capture global a été déterminé après calcul des tailles d'échantillon minimales pour un certain nombre de paramètres étudiés, tels que l'âge de la maturité sexuelle, le taux de gestation apparent, l'épaisseur de la couche de graisse, les taux d'accumulation de polluants, les phénomènes de mélange entre différentes populations et les tendances démographiques. Il précise en outre que, pour la plupart de ces paramètres, «la taille d'échantillon obtenue s'établissait entre 800 et 1000 spécimens, un nombre supérieur à 800 étant souhaitable». Le Japon a décrit le processus ayant servi à déterminer la taille globale de l'échantillon de petits rorquals à l'aide de l'illustration reproduite ci-dessous, qui constitue la figure 5-4 de son contre-mémoire:

— Figure 5-4: «Taille de l'échantillon annuel nécessaire pour chacun des paramètres étudiés dans le cadre de JARPA II, calculée selon les formules statistiques établies (*source:* Institut de recherche sur les cétacés).»



(*Source:* Contre-mémoire du Japon, vol. I, p. 261.)

183. Comme le montre cette illustration, la taille globale de l'échantillon se situe dans un intervalle correspondant aux tailles minimales requises, selon le plan de recherche, pour la plupart des paramètres étudiés dans le cadre de JARPA II. C'est pour cette raison, explique le Japon,

annual lethal sample size was set at 850 (plus or minus 10 per cent, which allows for a maximum of 935 minke whales per year). As noted above (see paragraphs 159 and 169), Japan considered this number of whales to be sufficient for purposes of research, taking into account the need to avoid causing harm to the stocks.

184. In contrast, in Australia's view, Japan started with the goal of establishing a sample size of approximately 850 minke whales per year and then "retro-fitted" the programme's design by selecting values designed to generate sample sizes for particular research items that corresponded to Japan's desired overall sample size. Australia emphasizes that the JARPA II Research Plan is not clear in stating the reasons for the selection of the particular sample size appertaining to each research item. Australia also notes that different choices as to values for certain variables would have led to dramatically smaller sample sizes, but that, in general, the JARPA II Research Plan provides no explanation for the underlying decisions to use values that generate larger sample sizes. These shortcomings, in Australia's view, support its conclusion that the minke whale sample size was set not for purposes of scientific research, but instead to meet Japan's funding requirements and commercial objectives.

185. In light of these divergent views, the Court will consider the evidence regarding Japan's selection of the various minimum sample sizes that it chose for different individual research items, which form the basis for the overall sample size for minke whales. As noted above (see paragraph 172), the purpose of such an inquiry is not to second-guess the scientific judgments made by individual scientists or by Japan, but rather to examine whether Japan, in light of JARPA II's stated research objectives, has demonstrated a reasonable basis for annual sample sizes pertaining to particular research items, leading to the overall sample size of 850 (plus or minus 10 per cent) for minke whales.

186. In the JARPA II Research Plan, individual sample size calculations are presented with respect to each of the items referred to in the above illustration: age at sexual maturity, apparent pregnancy rate, blubber thickness, pathological monitoring (i.e., monitoring of contaminant levels), mixing patterns between different stocks, and "DNA mark-recapture", which Japan describes as a method for researching population trends.

187. The Court notes at the outset that the JARPA II Research Plan states that for all parameters, "a sample size needed to detect changes in a six-year period . . . has been adopted as the pertinent criterion". The JARPA II Research Plan does not explain the reason for this threshold decision, but Japan offered some explanations during these proceedings, which are discussed below (see paragraph 192).

que la taille de l'échantillon global annuel a été fixée à 850 spécimens (plus ou moins 10%, soit un maximum de 935 petits rorquals par an). Ainsi qu'il est indiqué ci-dessus (voir paragraphes 159 et 169), le Japon a considéré que ce chiffre était suffisant aux fins des recherches envisagées, compte tenu de la nécessité de ne pas porter préjudice aux stocks.

184. L'Australie estime, pour sa part, que le Japon avait, dès le départ, l'intention de fixer à 850 spécimens environ l'échantillon annuel de petits rorquals, et qu'il a «ajusté rétrospectivement» son projet en sélectionnant des valeurs susceptibles de générer, pour chaque paramètre étudié, des tailles d'échantillon aboutissant au volume de capture global qu'il souhaitait obtenir. Elle souligne que le plan de recherche de JARPA II ne motive pas clairement le choix des tailles d'échantillon retenues pour chacun des paramètres étudiés. Elle relève également que, pour certaines variables, des choix différents auraient abouti à des tailles d'échantillon considérablement plus réduites, mais que le plan de recherche de JARPA II demeure silencieux, de manière générale, sur les raisons ayant présidé au choix des valeurs retenues. Ces lacunes, selon l'Australie, donnent à penser que la taille de l'échantillon de petits rorquals a été déterminée non pas à des fins de recherche scientifique, mais pour répondre aux impératifs de financement et aux objectifs commerciaux du Japon.

185. A la lumière de ces vues divergentes, la Cour examinera les éléments de preuve se rapportant aux tailles d'échantillon minimales que le Japon a retenues pour les différents paramètres étudiés, et sur la base desquelles il a fixé la taille globale de l'échantillon de petits rorquals. Comme indiqué ci-dessus (voir paragraphe 172), l'objet de cet examen est non pas de remettre en cause les raisonnements scientifiques des experts ou du Gouvernement japonais, mais de rechercher si le Japon a su démontrer, au regard des objectifs annoncés de JARPA II, l'existence d'éléments pouvant raisonnablement expliquer les tailles d'échantillon annuelles pour chacun des paramètres étudiés et ayant conduit à fixer à 850 spécimens (plus ou moins 10%) la taille globale de l'échantillon de petits rorquals.

186. Le plan de recherche de JARPA II présente la façon dont ont été calculées les tailles d'échantillon pour chacun des paramètres mentionnés dans l'illustration reproduite ci-dessus: âge de la maturité sexuelle, taux de gestation apparent, épaisseur de la couche de graisse, suivi pathologique (c'est-à-dire le contrôle des niveaux d'accumulation de polluants), phénomènes de mélange entre différentes populations et «marquage-recapture ADN», dont le Japon explique qu'il s'agit d'une technique utilisée pour étudier les tendances démographiques.

187. La Cour observera d'emblée qu'il est indiqué, dans le plan de recherche de JARPA II, que le critère pertinent pour tous les paramètres est la «taille d'échantillon nécessaire pour déceler les changements survenant sur une période de six ans». Si le plan de recherche ne précise pas la raison du choix de cette période, le Japon a, au cours de la procédure, fourni à cet égard certaines explications, sur lesquelles la Cour reviendra ci-dessous (voir paragraphe 192).

188. The evidence shows that the JARPA II Research Plan lacks transparency in the reasons for selecting particular sample sizes for individual research items. This is a matter on which the experts called by the two Parties agreed, as described above (see paragraphs 158-159). With the exception of one variable (discussed in the next paragraph), the JARPA II Research Plan provides very limited information regarding the selection of a particular value for a given variable. For example, in the Court's view, there is no consistent effort to explain why, for the various research items relating to the monitoring of biological parameters, JARPA II is designed to detect one particular rate or degree of change over another that would result in a lower sample size. These shortcomings of the JARPA II Research Plan have particular prominence in light of the fact that the particular choices of rate and degree of change consistently lead to a sample size of approximately 850 minke whales per year.

189. An exception to this pattern is arguably the discussion of the sample size applicable to the study of the age at sexual maturity of minke whales, as to which the JARPA II Research Plan furnishes some details about the factors that Japan considered in selecting the particular rate of change to detect. For this research item, the Research Plan also offers an indication of the relationship between the data sought and the first two JARPA II research objectives. The Court finds no comparable reasoning given as to the five other research items that were expressly used to set the overall sample size of 850 whales (i.e., those research items set forth in Figure 5-4 from Japan's Counter-Memorial above). This highlights the absence of evidence, at least in the JARPA II Research Plan, that could support a finding that the sample size for the lethal take of minke whales, a key component of the design of JARPA II, is reasonable in relation to achieving the programme's objectives.

190. The Court also recalls that one of the experts called by Australia, Mr. Mangel, asserted that nearly the same level of accuracy that JARPA II seeks could be obtained with a smaller lethal take of minke whales and further posited that a smaller take and higher margin of error might be acceptable, depending on the hypothesis under study. Japan did not refute this expert opinion.

191. The Court turns next to the evidence regarding Japan's decision to use a six-year period to calculate the sample sizes for research items corresponding to minke whales, rather than a 12-year period as was used for fin and humpback whales. That decision has a considerable effect on sample size because the shorter time-period generally requires a higher figure, as the JARPA II Research Plan demonstrates (see paragraph 165 above).

192. Japan, in discussing one research item (age at sexual maturity) in the Counter-Memorial, attributes the use of a six-year period to the need

188. Les éléments de preuve versés au dossier mettent en évidence, en ce qui concerne le plan de recherche de JARPA II, un manque de transparence quant aux raisons ayant conduit au choix de telles ou telles tailles d'échantillon pour les différents paramètres étudiés. Les experts cités par les deux Parties en sont convenus, comme exposé ci-dessus (voir paragraphes 158-159). A une exception près (qui sera examinée dans le paragraphe qui suit), le plan de recherche ne fournit que très peu d'informations sur les raisons ayant présidé au choix de telle ou telle valeur pour une variable donnée. Ainsi, la Cour estime que les auteurs du plan n'ont pas systématiquement fait l'effort d'expliquer pourquoi, pour chacun des éléments pris en compte dans le suivi des paramètres biologiques, ils cherchaient à déceler tel taux ou degré de variation plutôt que tel autre impliquant le recours à une taille d'échantillon plus restreinte. Ces carences sont d'autant plus frappantes que les choix qui ont été opérés quant à ces taux ou degrés vont tous dans le sens d'une taille d'échantillon d'environ 850 petits rorquals par an.

189. La présentation de la taille de l'échantillon nécessaire pour étudier l'âge de la maturité sexuelle, qui s'accompagne de quelques éclaircissements quant aux facteurs pris en considération dans le choix du taux de variation à détecter, constitue sans doute une exception. En outre, pour ce paramètre, le plan de recherche établit un lien entre les données recherchées et les deux premiers objectifs de JARPA II. La Cour estime qu'il n'en va pas de même pour les cinq autres paramètres expressément utilisés pour fixer à 850 spécimens la taille globale de l'échantillon (c'est-à-dire les paramètres visés à la figure 5-4 du contre-mémoire du Japon reproduite ci-dessus). Cela met en lumière l'absence d'éléments, du moins dans le plan de recherche de JARPA II, susceptibles d'étayer la conclusion selon laquelle la taille de l'échantillonnage létal retenue pour les petits rorquals, une composante essentielle de la conception de JARPA II, est raisonnable au regard des objectifs du programme.

190. La Cour rappelle également que l'un des experts cités par l'Australie, M. Mangel, a déclaré qu'il était possible d'obtenir un degré d'exactitude quasiment équivalant à celui recherché dans le cadre de JARPA II en se contentant d'un nombre de prises moindre de petits rorquals, estimant en outre qu'un échantillon plus réduit et une marge d'erreur plus élevée pouvaient être acceptables selon l'hypothèse que l'on se proposait d'examiner. Le Japon n'a pas réfuté l'avis de cet expert.

191. La Cour en vient aux éléments de preuve relatifs à la décision du Japon d'utiliser, en vue de calculer les tailles d'échantillon pour les paramètres étudiés, une période de six ans dans le cas des petits rorquals, mais de douze ans dans celui des rorquals communs et des baleines à bosse. Cette décision a des répercussions considérables sur la taille des échantillons, une période plus courte nécessitant généralement un nombre de spécimens plus élevé, comme le montre le plan de recherche de JARPA II (voir paragraphe 165 ci-dessus).

192. Le Japon, à propos de l'un des paramètres étudiés (l'âge de la maturité sexuelle), justifie, dans le contre-mémoire, le recours à une période

to obtain at least three data points from each JARPA II research area (since whales are taken from each area in alternating seasons), because it would be "highly uncertain" to detect a trend on the basis of only two data points. Japan also refers to the desirability of detecting change "as promptly as possible". In the oral proceedings, Japan offered two different rationales for the six-year period. After initially suggesting that the six-year period was intended to coincide with JARPA II's six-year review by the Scientific Committee, Japan withdrew that explanation and asserted that the six-year period for minke whales was chosen because it "coincides with the review period for the RMP". This corresponds to the explanation given by the expert called by Japan, Mr. Walløe, in his oral testimony, although Mr. Walløe also described the use of a six-year period to calculate sample sizes as "arbitrary".

193. In light of the evidence, the Court has no basis to conclude that a six-year research period for minke whales is not reasonable in relation to achieving the programme's objectives. However, the Court finds it problematic that, first, the JARPA II Research Plan does not explain the reason for choosing a six-year period for one of the whale species (minke whales) and, secondly, Japan did not offer a consistent explanation during these proceedings for the decision to use that research period to calculate the minke whale sample size.

194. Moreover, Japan does not address how disparate research time frames for the three whale species are compatible with JARPA II's research objectives relating to ecosystem modelling and multi-species competition. JARPA II is apparently designed so that statistically useful information regarding fin and humpback whales will only be available after 12 years of research (and the evidence indicates that, even after 12 years, sample sizes would be insufficient to be statistically reliable based on the minimum requirements set forth in the JARPA II Research Plan). As noted above (see paragraph 181), this casts doubt on whether it will be meaningful to review the programme in respect of its two primary objectives after six years of operation, which, in turn, casts doubt on whether the minke whale target sample size is reasonable in relation to achieving the programme's objectives.

195. The Court thus identifies two overarching concerns with regard to the minke whale sample size. First, Figure 5-4 shows that the final sample size of 850 minke whales (plus or minus 10 per cent) falls within a range derived from the individual sample sizes for various research items, but there is a lack of transparency regarding the decisions made in selecting those individual sample sizes. The Court notes that a lack of transparency in the JARPA II Research Plan and in Japan's subsequent efforts to defend the JARPA II sample size do not necessarily demonstrate that the

de six ans par la nécessité d'obtenir au moins trois points de mesure pour chaque zone de recherche de JARPA II (les baleines étant prélevées une saison sur deux dans chacune de ces zones), précisant qu'il serait «hautement incertain» de chercher à détecter une tendance sur la base de deux points de mesure seulement. Il invoque également l'opportunité de détecter les modifications «dès que possible». A l'audience, le Japon a avancé deux arguments différents pour justifier cette durée de six ans. Après avoir laissé entendre que le but était de faire coïncider cette période avec l'évaluation périodique de JARPA II conduite par le comité scientifique tous les six ans, il a renoncé à cette explication et affirmé que cette période avait été choisie, pour les petits rorquals, parce qu'elle «coïncidait avec l'évaluation prévue dans le cadre de la RMP». Ce second argument rejoint l'explication présentée devant la Cour par l'expert cité par le Japon, M. Walløe, quoique celui-ci ait également qualifié d'«arbitraire» le choix d'une période de six ans aux fins du calcul de la taille des échantillons.

193. Si rien ne lui permet, à la lumière des éléments de preuve versés au dossier, de conclure qu'une période de recherche de six ans n'est pas raisonnable au regard des objectifs du programme dans le cas des petits rorquals, la Cour regrette néanmoins, premièrement, que le choix de cette période pour l'une des espèces de baleines (les petits rorquals) n'ait pas été explicité dans le plan de recherche de JARPA II et, deuxièmement, que le Japon n'ait pas, lors de la procédure, offert d'explication cohérente des raisons l'ayant conduit à choisir cette période pour calculer la taille de l'échantillon des petits rorquals.

194. Par ailleurs, le Japon n'explique pas comment il est possible de fixer des périodes de recherche différentes pour les trois espèces tout en ayant pour objectifs de recherche la modélisation de l'écosystème et la concurrence entre ces espèces. JARPA II est apparemment conçu de telle sorte que des informations statistiquement utiles concernant les rorquals communs et les baleines à bosse ne seront disponibles qu'au terme de douze années de recherche (et les éléments de preuve versés au dossier indiquent que, même à l'issue de cette période, les tailles d'échantillon seront insuffisantes pour être statistiquement fiables au vu des tailles minimales requises dans le plan de recherche de JARPA II). Ainsi qu'il a été relevé ci-dessus (voir paragraphe 181), il est permis de s'interroger, compte tenu de cet élément, sur l'intérêt même de procéder au bout de six ans à un examen du programme sous l'angle de ses deux principaux objectifs et, partant, sur le caractère raisonnable au regard des objectifs du programme de la taille de l'échantillon fixée dans le cas des petits rorquals.

195. La Cour estime ainsi qu'il existe deux problèmes fondamentaux concernant la taille de l'échantillon de petits rorquals. Premièrement, la figure 5-4 montre que celle qui a été retenue au final — soit 850 spécimens (plus ou moins 10%) — se situe dans un intervalle obtenu à partir des tailles d'échantillon définies pour les différents paramètres étudiés, mais les décisions ayant conduit au choix de ces différentes tailles d'échantillon manquent de transparence. La Cour relève que ce manque de transparence, qui caractérise tant le plan de recherche de JARPA II que les efforts ultérieurement

decisions made with regard to particular research items lack scientific justification. In the context of Article VIII, however, the evidence regarding the selection of a minimum sample size should allow one to understand why that sample size is reasonable in relation to achieving the programme's objectives, when compared with other possible sample sizes that would require killing far fewer whales. The absence of such evidence in connection with most of the sample size calculations described in the JARPA II Research Plan lends support to Australia's contention that a predetermined overall sample size has dictated the choice of the research period and the rate of change to be detected, rather than the other way around.

196. Secondly, as noted above (see paragraph 149), Japan justifies the increase in the minke whale sample size in JARPA II (as compared to the JARPA sample size) by reference to the research objectives relating to ecosystem research and multi-species competition. However, the evidence suggests that the programme's capacity to achieve these objectives has been compromised because of shortcomings in the programme's design with respect to fin and humpback whales. As such, it is difficult to see how these objectives can provide a reasonable basis for the target sample size for minke whales in JARPA II.

197. In addition, the Court recalls that Japan describes a number of characteristics that, in its view, distinguish commercial whaling from research whaling. Japan notes, in particular, that high-value species are taken in commercial whaling, whereas species of both high value and of less or no commercial value (such as sperm whales) may be taken in research whaling (see paragraph 89 above). The use of lethal methods in JARPA II focuses almost exclusively on minke whales. As to the value of that species, the Court takes note of an October 2012 statement by the Director-General of Japan's Fisheries Agency. Addressing the Subcommittee of the House of Representatives Committee on Audit and Oversight of Administration, he stated that minke whale meat is "prized because it is said to have a very good flavour and aroma when eaten as sashimi and the like". Referring to JARPA II, he further stated that "the scientific whaling program in the Southern Ocean was necessary to achieve a stable supply of minke whale meat". In light of these statements, the fact that nearly all lethal sampling under JARPA II concerns minke whales means that the distinction between high-value and low-value species, advanced by Japan as a basis for differentiating commercial whaling and whaling for purposes of scientific research, provides no support for the contention that JARPA II falls into the latter category.

déployés par le Japon pour défendre la taille d'échantillon fixée dans le cadre de JARPA II, ne porte pas nécessairement à conclure à une absence de justification scientifique des décisions prises à l'égard des différents paramètres. Dans le contexte de l'article VIII, toutefois, les éléments de preuve concernant le choix de telle taille minimale d'échantillon par rapport à d'autres nécessitant de mettre à mort un nombre bien moindre de baleines devraient permettre de comprendre pourquoi cette taille est raisonnable au regard des objectifs du programme. Or, l'absence, dans la plupart des cas, d'éléments de preuve indiquant comment ont été calculées les tailles d'échantillon dans le plan de recherche de JARPA II tend à confirmer l'allégation de l'Australie selon laquelle le choix de la période de recherche et du taux de variation à détecter a été dicté par une taille globale d'échantillon prédéterminée, alors que c'est ce choix qui aurait dû dicter la taille de l'échantillon.

196. Deuxièmement, comme cela a été exposé ci-dessus (voir paragraphe 149), pour justifier la revision à la hausse (par rapport à JARPA) de la taille de l'échantillon de petits rorquals opérée dans le cadre de JARPA II, le Japon invoque les objectifs touchant à la recherche sur l'écosystème et à la concurrence entre espèces. Il ressort toutefois des éléments de preuve versés au dossier que la capacité d'atteindre ces objectifs a été compromise du fait des carences du projet en ce qui concerne les rorquals communs et les baleines à bosse. Dès lors, on voit difficilement comment ces objectifs peuvent raisonnablement expliquer le volume de capture des petits rorquals prévu dans le cadre de JARPA II.

197. La Cour rappelle par ailleurs que le Japon a mis en avant un certain nombre de caractéristiques qui permettent à ses yeux de distinguer la chasse commerciale de celle conduite à des fins de recherche, relevant notamment que ce sont les espèces à forte valeur marchande qui sont prélevées dans le cadre de la chasse commerciale, tandis que peuvent être capturées, dans le cadre de la chasse scientifique, aussi bien ces espèces que des espèces de valeur moindre, voire nulle, telles que les cachalots (voir paragraphe 89 ci-dessus). Dans le cadre de JARPA II, le recours à des méthodes létales concerne presque exclusivement les petits rorquals. Or, à propos de la valeur de cette espèce, la Cour prend note d'une déclaration faite en octobre 2012 par le directeur général de l'agence japonaise des pêcheries. S'adressant à la sous-commission de la commission d'audit et de contrôle de l'administration de la chambre des représentants, celui-ci a indiqué que la chair de petit rorqual était «appréciée pour sa saveur et son arôme, notamment lorsqu'elle est consommée en sashimi et sous d'autres formes similaires». Faisant référence à JARPA II, il a également déclaré que «le programme de chasse à la baleine en vue de recherches scientifiques mené dans l'océan Austral était nécessaire pour assurer la stabilité de l'offre de chair de petit rorqual». A la lumière de ces déclarations, le fait que les prélèvements létaux réalisés dans le cadre de JARPA II se limitent presque exclusivement aux petits rorquals signifie que la distinction entre les espèces à forte valeur marchande et celles de moindre valeur avancée par le Japon aux fins de différencier la chasse commerciale de celle menée en vue de recherches scientifiques ne conforte pas la thèse selon laquelle JARPA II relèverait de cette dernière catégorie.

198. Taken together, the evidence relating to the minke whale sample size, like the evidence for the fin and humpback whale sample sizes, provides scant analysis and justification for the underlying decisions that generate the overall sample size. For the Court, this raises further concerns about whether the design of JARPA II is reasonable in relation to achieving its stated objectives. These concerns must also be considered in light of the implementation of JARPA II, which the Court turns to in the next section.

(iii) *Comparison of sample size to actual take*

199. There is a significant gap between the JARPA II target sample sizes and the actual number of whales that have been killed in the implementation of the programme. The Parties disagree as to the reasons for this gap and the conclusions that the Court should draw from it.

200. The Court recalls that, for both fin whales and humpback whales, the target sample size is 50 whales, following a two-year feasibility study during which the target for humpback whales was zero and the target for fin whales was ten.

201. As to actual take, the evidence before the Court indicates that a total of 18 fin whales have been killed over the first seven seasons of JARPA II, including ten fin whales during the programme's first year when the feasibility of taking larger whales was under study. In subsequent years, zero to three fin whales have been taken annually. No humpback whales have been killed under JARPA II. Japan recounts that after deciding initially not to sample humpback whales during the first two years of JARPA II, it "suspended" the sampling of humpback whales as of 2007. The Court observes, however, that the permits issued for JARPA II since 2007 continue to authorize the take of humpback whales.

202. Notwithstanding the target sample size for minke whales of 850 (plus or minus 10 per cent), the actual take of minke whales under JARPA II has fluctuated from year to year. During the 2005-2006 season, Japan caught 853 minke whales, a number within the targeted range. Actual take has fallen short of the JARPA II sample size target in all subsequent years. On average, approximately 450 minke whales have been killed in each year. The evidence before the Court indicates that 170 minke whales were killed in the 2010-2011 season and that 103 minke whales were killed in the 2012-2013 season.

203. As to the reasons for the gap between target sample sizes and actual take, Japan states that it decided not to take any humpback whales in response to a request by the then-Chair of the IWC. With respect to fin whales, Japan points to sabotage activities by anti-whaling non-governmental organizations, noting in particular the Sea Shepherd Conservation Society, and to the inability of the main JARPA II research

198. Pris dans leur ensemble, les éléments de preuve relatifs à la taille de l'échantillon de petits rorquals, de même que ceux concernant la taille des échantillons de rorquals communs et de baleines à bosse, n'offrent guère d'explications ni de justifications quant aux décisions ayant présidé au choix de l'objectif de capture global. De l'avis de la Cour, c'est là une raison supplémentaire de douter que la conception de JARPA II soit raisonnable au regard de ses objectifs annoncés. Cette question doit également être examinée à la lumière de la mise en œuvre de JARPA II, point auquel la Cour s'intéressera dans la section qui suit.

iii) *Comparaison entre les tailles d'échantillon et les prises effectives*

199. Il existe une différence importante entre les objectifs de capture de JARPA II et le nombre de baleines effectivement capturées dans le cadre de la mise en œuvre du programme. Les Parties sont en désaccord quant aux raisons expliquant cette différence et aux conclusions que la Cour devrait en tirer.

200. La Cour rappelle que, pour les rorquals communs comme pour les baleines à bosse, l'objectif de capture est de 50 spécimens; dans le cadre d'une étude de faisabilité réalisée sur une période de deux ans, la taille de l'échantillon des baleines à bosse avait été fixée à zéro et celle des rorquals communs à dix.

201. S'agissant des prises effectives, il ressort des éléments produits devant la Cour qu'un total de 18 rorquals communs ont été tués au cours des sept premières saisons de JARPA II, dont dix au cours de la première année, lorsque la possibilité de capturer des baleines de grande taille était à l'étude. Au cours des années suivantes, le nombre de rorquals communs capturés chaque année a oscillé entre zéro et trois. Aucune baleine à bosse n'a été mise à mort dans le cadre de JARPA II. Le Japon explique avoir décidé, dans un premier temps, de ne procéder à aucun prélèvement de baleines à bosse au cours des deux premières années du programme, puis, à compter de 2007, de «suspendre» ces prélèvements. La Cour constate néanmoins que les permis délivrés au titre de JARPA II depuis 2007 continuent d'autoriser la capture des baleines à bosse.

202. Bien que la taille de l'échantillon de petits rorquals ait été fixée à 850 (plus ou moins 10%), le nombre de prises effectives a varié d'une année sur l'autre. Au cours de la saison 2005-2006, 853 petits rorquals ont été capturés, chiffre situé dans les limites prévues. Au cours des années suivantes, le nombre de prises effectives a toujours été inférieur à l'objectif de capture. En moyenne, quelque 450 petits rorquals ont été tués chaque année. Il ressort des éléments de preuve versés au dossier que respectivement 170 et 103 petits rorquals ont été mis à mort au cours des saisons 2010-2011 et 2012-2013.

203. Quant aux raisons avancées pour expliquer les différences entre les tailles d'échantillon et les volumes réels de capture, le Japon affirme qu'il aurait décidé de ne capturer aucune baleine à bosse pour répondre à la demande formulée en ce sens par le président de la CBI de l'époque. S'agissant des rorquals communs, le Japon invoque, d'une part, les actes de sabotage des organisations non gouvernementales hostiles à la chasse à la

vessel, the *Nisshin Maru*, to pull on board larger whales. As to minke whales, Japan offers two reasons that actual sample sizes have been smaller than targets: a fire on board the *Nisshin Maru* in the 2006-2007 season and the aforementioned sabotage activities.

204. Japan refers in particular to incidents of sabotage during the 2008-2009 season (the ramming of vessels in February 2009 and the throwing of bottles of acid at Japanese vessels), the unauthorized boarding of the vessel *Shonan-Maru* in February 2010, which resulted in the withdrawal of that vessel from the fleet for the remainder of the 2009-2010 season for crime scene investigation, and additional harassment during the 2012-2013 season. Japan notes that the IWC has condemned such violent sabotage activities in a series of resolutions adopted by consensus.

205. Australia takes issue with Japan's account of the reasons for the gap between target sample sizes and actual take. Australia does not dispute that the decision to take no humpback whales was made in response to a request from the Chair of the IWC, but points out that this was a political decision, not a decision taken for scientific reasons. With respect to fin whales, Australia emphasizes the undisputed fact that Japan's vessels are not equipped to catch larger whales. As to minke whales, Australia points to evidence that, in its view, demonstrates that actual take is a function of the commercial market for whale meat in Japan, not the factors identified by Japan. According to Australia, Japan has adjusted the operations of JARPA II in response to lower demand for whale meat, resulting in shorter seasons and fewer whales being taken. Australia also invokes press reports of statements by Japanese officials indicating that JARPA II's research objectives do not actually require the amount of lethal sampling described in the Research Plan and can be accomplished with a smaller actual take.

206. Taking into account all the evidence, the Court considers that no single reason can explain the gap between the target sample sizes and the actual take. As to humpback whales, the gap results from Japan's decision to accede to a request from the Chair of the IWC but without making any consequential changes to the objectives or sample sizes of JARPA II. The shortfall in fin whales can be attributed, at least in part, to Japan's selection of vessels, an aspect of the design of JARPA II criticized by the expert called by Japan (see paragraph 180 above). As to the fire on board a ship in one season, Japan did not provide information regarding the extent of the damage or the amount of time during which the vessel was compromised. The Court considers it plausible that sabotage activities could have contributed to the lower catches of minke whales in certain seasons, but it is difficult to assess the extent of such a

baleine, incriminant tout particulièrement la Sea Shepherd Conservation Society, et, d'autre part, l'absence, sur le principal navire de recherche de JARPA II, le *Nisshin Maru*, d'équipements permettant de hisser à son bord des cétacés de grande taille. Pour ce qui est des petits rorquals, le Japon offre deux explications pour justifier des volumes de capture inférieurs aux tailles d'échantillon prévues: un incendie à bord du *Nisshin Maru* au cours de la saison 2006-2007 et les actes de sabotage mentionnés plus haut.

204. Le Japon cite en particulier des actes de sabotage survenus pendant la saison 2008-2009 (des navires japonais ont ainsi été éperonnés en février 2009 et ont été la cible de jets de bouteilles remplies d'acide), l'abordage du navire *Shonan-Maru*, en février 2010, qui a entraîné le retrait du navire de la flotte japonaise pour le reste de la saison 2009-2010, le temps de mener l'enquête pénale, ainsi que d'autres actes de harcèlement commis pendant la saison 2012-2013. Le Japon relève que la CBI a condamné ces violents actes de sabotage dans une série de résolutions adoptées par consensus.

205. L'Australie conteste les raisons avancées par le Japon pour expliquer l'écart entre la taille des échantillons à prélever et les volumes réels de capture. Si elle ne conteste pas que le Japon a décidé de ne pas capturer de baleines à bosse pour répondre à une demande que lui avait adressée le président de la CBI, elle fait néanmoins valoir qu'il s'agissait d'une décision motivée par des considérations politiques et non scientifiques. Pour ce qui est des rorquals communs, elle insiste sur le fait incontesté que les navires japonais ne sont pas équipés pour capturer de gros cétacés. En ce qui concerne les petits rorquals, l'Australie invoque des éléments de preuve qui démontrent, selon elle, que le volume réel des captures fluctue en fonction de l'offre et de la demande de chair de baleine au Japon et non en raison des facteurs avancés par le Japon. Selon elle, ce dernier a revu les activités de chasse de JARPA II à la baisse pour s'adapter au déclin de la demande de chair de baleine, en raccourcissant les saisons de chasse et en capturant moins de spécimens. L'Australie invoque également des déclarations émanant de responsables japonais citées dans la presse, qui indiquent que, en réalité, les objectifs de recherche de JARPA II n'exigent pas un échantillonnage létal aussi important que celui décrit dans le plan de recherche et pourraient être atteints grâce à des prises bien plus réduites.

206. Ayant examiné l'ensemble des éléments de preuve versés au dossier, la Cour considère qu'aucune raison ne peut, à elle seule, expliquer l'écart entre les tailles d'échantillon prévues et les prises effectives. En ce qui concerne les baleines à bosse, cet écart est dû à la décision du Japon d'accéder à une demande que lui avait adressée le président de la CBI, sans toutefois modifier en conséquence les objectifs ou les tailles d'échantillon de JARPA II. La baisse du nombre de captures de rorquals communs peut être attribuée, au moins en partie, au type de navires choisis par le Japon, un aspect de la conception de JARPA II qui a été critiqué par l'expert cité par celui-ci (voir paragraphe 180 ci-dessus). Quant à l'incendie à bord d'un navire au cours d'une saison de chasse, le Japon n'a pas fourni d'information sur l'étendue des dégâts ni sur le temps pendant lequel le navire a été dans l'incapacité de reprendre la mer. La Cour estime vraisemblable que ces

contribution. In this regard, the Court notes that the actual take of minke whales in the 2006-2007 and 2007-2008 seasons was 505 and 551, respectively, prior to the regrettable sabotage activities that Japan has brought to the Court's attention. In this context, the Court recalls IWC resolution 2011-2, which was adopted by consensus. That resolution notes reports of the dangerous actions by the Sea Shepherd Conservation Society and condemns "any actions that are a risk to human life and property in relation to the activities of vessels at sea".

207. The Court turns next to Australia's contention that the gap between the target sample sizes and the actual take undermines Japan's position that JARPA II is a programme for purposes of scientific research. Australia states that it welcomes the fact that the actual take under JARPA II has been smaller than the programme's target sample sizes. Australia asserts, however, that Japan has made no effort to explain how this discrepancy affects the JARPA II research objectives and has not adapted the programme to account for the smaller actual sample size. Japan also has not explained how the political decision not to take humpback whales, as well as the small number of fin whales that have been killed, can be reconciled with the emphasis of the JARPA II Research Plan on the need for the lethal sampling of those two species. Australia asks how a multi-species competition model can be constructed on the basis of data only from minke whales, if, as stated in the JARPA II Research Plan, information based on lethal sampling is required from all three species to construct such a model or to explore the "krill surplus hypothesis". Australia emphasizes that Japan has asserted that the information it needs can be obtained only by lethal take but that the actual take has been entirely different from the sample sizes on which JARPA II was premised. Citing these factors, Australia describes JARPA II's multi-species competition model goal as "illusory".

208. Japan asserts that the discrepancy between sample size and actual take, at least with regard to minke whales, likely means that "it will take several additional years of research to achieve the required sample sizes before the research objectives can be met". Along these lines, Japan states that "if we conduct the research over a longer time or are willing to accept a lower degree of accuracy then a smaller sample size will also give viable results, but it might delay the ability to detect potentially important changes in a stock's dynamics". Japan also takes the position that the under-take to date of fin and humpback whales "does not preclude existing ecosystem models . . . from being improved by use of data that JARPA II has collected in respect of these species by non-lethal means".

actes de sabotage aient pu contribuer à réduire le volume de capture des petits rorquals pendant certaines saisons, mais il est difficile de savoir dans quelle mesure. A cet égard, elle constate que, pendant les saisons 2006-2007 et 2007-2008, soit avant que ne se produisent les regrettables actes de sabotage portés à son attention par le Japon, le nombre réel de captures de petits rorquals s'élevait à 505 et 551 respectivement. Dans ce contexte, la Cour rappelle la résolution 2011-2 de la CBI, adoptée par consensus, qui fait état d'informations relatives aux actions dangereuses menées par la Sea Shepherd Conservation Society et condamne «toutes les actions qui mettent en péril la vie humaine et les biens dans le cadre des activités des navires en mer».

207. La Cour en vient à présent à l'affirmation de l'Australie selon laquelle la différence entre les tailles d'échantillon et les volumes réels de capture affaiblit la thèse défendue par le Japon, pour qui JARPA II est un programme en vue de recherches scientifiques. Tout en se félicitant que le nombre de prises effectives ait été inférieur aux objectifs de capture, l'Australie soutient que le Japon ne s'est pas donné la peine d'expliquer dans quelle mesure cet écart pouvait avoir une incidence sur les objectifs de recherche de JARPA II et n'a pas adapté son programme en conséquence. Le Japon n'a pas davantage expliqué comment la décision politique de ne pas capturer de baleines à bosse ainsi que le faible nombre de rorquals communs mis à mort dans le cadre de son programme pouvaient être compatibles avec le plan de recherche de JARPA II, qui insiste sur la nécessité de procéder à l'échantillonnage létal de ces deux espèces. L'Australie se demande comment il est possible de construire un modèle de concurrence plurispécifique sur la seule base des données obtenues chez les petits rorquals si, comme l'indique ce plan de recherche, il est nécessaire, pour bâtir un tel modèle ou pour étudier «l'hypothèse de l'excédent de krill», de disposer d'informations obtenues par échantillonnage létal sur les trois espèces. Elle souligne que, à en croire le Japon, les informations dont il a besoin ne pourraient être obtenues qu'au moyen de méthodes létales mais que le volume réel des captures n'a aucun rapport avec la taille des échantillons initialement prévue dans le cadre de JARPA II. S'appuyant sur ces éléments, l'Australie qualifie d'«illusoire» l'objectif consistant à modéliser la concurrence entre espèces.

208. Pour le Japon, la différence entre les tailles d'échantillon et le volume réel des captures, à tout le moins en ce qui concerne les petits rorquals, signifie qu'«il faudra probablement plusieurs années de recherches supplémentaires pour parvenir aux tailles d'échantillon correspondant aux objectifs de recherche à atteindre». Dans le même ordre d'idées, il ajoute: «Si nous allongeons la période de recherche ou si nous sommes disposés à accepter un moindre degré d'exactitude, alors un échantillonnage plus réduit pourra également donner des résultats exploitables, mais nous risquons d'être moins rapides à détecter des changements potentiellement importants dans la dynamique d'un stock.» Il soutient en outre que les prises, à ce jour trop faibles, de rorquals communs et de baleines à bosse «n'empêchent pas l'amélioration des modèles de l'écosystème existants ... grâce à l'utilisation de données relatives à ces mêmes espèces collectées dans le cadre de JARPA II par des méthodes non létales».

209. The Court observes that, despite the number of years in which the implementation of JARPA II has differed significantly from the design of the programme, Japan has not made any changes to the JARPA II objectives and target sample sizes, which are reproduced in the special permits granted annually. In the Court's view, two conclusions can be drawn from the evidence regarding the gap between the target sample sizes and actual take. First, Japan suggests that the actual take of minke whales does not compromise the programme, because smaller numbers of minke whales can nonetheless generate useful information, either because the time frame of the research can be extended or because less accurate results could be accepted. The Court recalls, however, that the minke whale sample sizes for particular research items were based on a six-year research period and on levels of accuracy that were not explained in the JARPA II Research Plan or in these proceedings. Japan's statement that the programme can achieve scientifically useful results with a longer research period or a lower level of accuracy thus raises further doubts about whether the target sample size of 850 whales is reasonable in relation to achieving the stated objectives of JARPA II. This adds force to Australia's contention that the target sample size for minke whales was set for non-scientific reasons.

210. Secondly, despite the fact that no humpback whales and few fin whales have been caught during JARPA II, Japan's emphasis on multi-species competition and ecosystem research as the bases for the JARPA II sample sizes for all three species is unwavering. In the view of the Court, the gap between the target sample sizes for fin and humpback whales in the JARPA II Research Plan and the actual take of these two species undermines Japan's argument that the objectives relating to ecosystem research and multi-species competition justify the larger target sample size for minke whales, as compared to that in JARPA.

211. The Court also notes Japan's contention that it can rely on non-lethal methods to study humpback and fin whales to construct an ecosystem model. If this JARPA II research objective can be achieved through non-lethal methods, it suggests that there is no strict scientific necessity to use lethal methods in respect of this objective.

212. Japan's continued reliance on the first two JARPA II objectives to justify the target sample sizes, despite the discrepancy between the actual take and those targets, coupled with its statement that JARPA II can obtain meaningful scientific results based on the far more limited

209. La Cour observe que, bien que la mise en œuvre de JARPA II se soit pendant nombre d'années considérablement écartée de la conception initiale du programme, le Japon n'a en rien modifié les objectifs et les tailles d'échantillon indiqués dans les permis spéciaux délivrés chaque année dans le cadre de ce programme. De l'avis de la Cour, les éléments de preuve ayant trait à la différence entre la taille des échantillons à prélever et celle des prises effectives permettent de tirer deux conclusions. Premièrement, le Japon laisse entendre que le volume réel de capture des petits rorquals ne remet pas en cause le programme car un échantillon plus réduit peut quand même apporter des informations utiles, dès lors qu'il est possible d'allonger la période de recherche ou de se contenter d'un moindre degré d'exactitude. La Cour rappellera néanmoins que, pour certains paramètres, le calcul de la taille des échantillons de petits rorquals a été effectué sur la base d'une période de recherche de six ans et de degrés d'exactitude qui n'ont été expliqués ni dans le plan de recherche de JARPA II ni dans le cadre de la présente procédure. L'affirmation du Japon selon laquelle une période de recherche plus longue ou un degré d'exactitude moindre pourraient également permettre au programme de produire des résultats utiles d'un point de vue scientifique fait naître de nouveaux doutes sur le caractère raisonnable de la taille de l'échantillon retenue — soit 850 petits rorquals — au regard des objectifs annoncés de JARPA II. Cet élément accrédite encore la thèse de l'Australie selon laquelle la détermination des tailles d'échantillon de petits rorquals obéissait à des considérations qui n'étaient pas scientifiques.

210. Deuxièmement, même si aucune baleine à bosse n'a été capturée dans le cadre de JARPA II, et même si rares ont été les prises de rorquals communs, le Japon reste inébranlable dans sa position et maintient que c'est la recherche sur la concurrence entre espèces et sur l'écosystème qui a présidé au choix des tailles d'échantillon pour les trois espèces. De l'avis de la Cour, l'écart qui existe entre les tailles d'échantillon prévues pour le rorqual commun et la baleine à bosse dans le plan de recherche de JARPA II et le nombre de spécimens de ces deux espèces effectivement prélevés affaiblit l'argument du Japon selon lequel les objectifs de JARPA II relatifs au suivi de l'écosystème et à la concurrence entre espèces justifient l'augmentation de la taille de l'échantillon du petit rorqual par rapport à celle retenue dans le cadre de JARPA.

211. La Cour note également que le Japon prétend pouvoir s'appuyer sur des méthodes non létales pour étudier les baleines à bosse et les rorquals communs afin de construire un modèle d'écosystème. Si cet objectif de recherche de JARPA II peut effectivement être atteint à l'aide de méthodes non létales, il lui semble que le recours à des méthodes létales ne répond pas, pour ce qui concerne cet objectif, à une stricte nécessité scientifique.

212. Le fait que le Japon continue, en dépit des différences entre les tailles d'échantillon prévues et les prises effectives, de s'appuyer sur les deux premiers objectifs de JARPA II pour justifier les tailles d'échantillon retenues pour l'ensemble du programme, et qu'il déclare en outre que ces

actual take, cast further doubt on the characterization of JARPA II as a programme for purposes of scientific research. This evidence suggests that the target sample sizes are larger than are reasonable in relation to achieving JARPA II's stated objectives. The fact that the actual take of fin and humpback whales is largely, if not entirely, a function of political and logistical considerations, further weakens the purported relationship between JARPA II's research objectives and the specific sample size targets for each species — in particular, the decision to engage in the lethal sampling of minke whales on a relatively large scale.

(c) *Additional aspects of the design and implementation of JARPA II*

213. The Court now turns to several additional aspects of JARPA II to which the Parties called attention.

(i) *Open-ended time frame*

214. Japan asserts that "JARPA II is a long-term research programme and has no specified termination date because its primary objective (i.e., monitoring the Antarctic ecosystem) requires a continuing programme of research". The programme is organized into six-year "research phases" and "a review will be held and revisions made to the programme if required" after each such period. The first review by the Scientific Committee is scheduled to take place in 2014 (see paragraph 119 above). According to Japan, Article VIII, paragraph 4, of the Convention contemplates such open-ended research when it states that "continuous collection and analysis of biological data . . . are indispensable to sound and constructive management of the whale fisheries".

215. Australia draws two conclusions from the absence of any specified termination date in JARPA II. First, Australia contends that this demonstrates that the design of JARPA II is geared towards the perpetuation of whaling by any means until the commercial whaling moratorium is lifted. Secondly, Australia maintains that the open-ended nature of JARPA II precludes a meaningful assessment of whether it has achieved its research objectives, distorts the process of sample size selection, and therefore renders the design of JARPA II unscientific.

216. The Court notes the open-ended time frame of JARPA II and observes that with regard to a programme for purposes of scientific research, as Annex P indicates, a "time frame with intermediary targets" would have been more appropriate.

(ii) *Scientific output of JARPA II to date*

217. Japan maintains that, prior to the periodic review of JARPA II, no meaningful evaluation of JARPA II's scientific output can be made.

volumes de capture très réduits peuvent néanmoins générer des résultats significatifs sur le plan scientifique, jette un doute supplémentaire sur le fait que JARPA II soit un programme en vue de recherches scientifiques. Il ressort de ces éléments de preuve que les tailles d'échantillon sont supérieures à ce qui serait raisonnable au regard des objectifs annoncés de JARPA II. Le fait que le volume réel de capture des rorquals communs et des baleines à bosse s'explique largement, sinon exclusivement, par des considérations politiques et logistiques affaiblit davantage encore la prétendue relation entre les objectifs de recherche de JARPA II et la taille d'échantillon définie pour chacune des trois espèces — en particulier la décision de procéder à l'échantillonnage de petits rorquals à une échelle relativement grande.

c) *Autres aspects de la conception et de la mise en œuvre de JARPA II*

213. La Cour examinera à présent plusieurs autres aspects de JARPA II mis en avant par les Parties.

i) *Absence de limite dans le temps*

214. Le Japon affirme que «JARPA II est un programme de recherche à long terme sans date d'achèvement précise car son objectif principal — le suivi de l'écosystème de l'Antarctique — exige la conduite d'activités continues». Le programme se déroule par «phases de recherche» de six ans, à l'issue de chacune desquelles «un examen doit avoir lieu et, si nécessaire, des corrections être apportées au programme». Il est prévu que le comité scientifique procède au premier de ces examens en 2014 (voir paragraphe 119 ci-dessus). Selon le Japon, le paragraphe 4 de l'article VIII de la convention envisage pareilles recherches illimitées dans le temps lorsqu'il énonce qu'«il est indispensable, pour assurer une gestion saine et profitable de l'industrie baleinière, de rassembler et d'analyser constamment les renseignements biologiques».

215. L'Australie tire deux conclusions de ce qu'aucune date d'achèvement n'ait été fixée pour JARPA II. En premier lieu, cela démontrerait que la conception de ce programme répond à la volonté de perpétuer, par quelque moyen que ce soit, la chasse à la baleine jusqu'à la levée du moratoire sur la chasse commerciale; en second lieu, cela exclurait toute possibilité d'évaluer comme il se doit si les objectifs de la recherche ont été atteints, fausserait la procédure de détermination de la taille des échantillons et priverait par conséquent le projet JARPA II de tout fondement scientifique.

216. La Cour note l'absence de limite dans le temps de JARPA II et observe que, dans le cas d'un programme poursuivant un objectif de recherche scientifique, un «calendrier comprenant des objectifs intermédiaires», tel que prévu à l'annexe P, aurait été plus approprié.

ii) *Apports scientifiques de JARPA II à ce jour*

217. Le Japon fait valoir qu'aucune évaluation sérieuse des apports scientifiques de JARPA II ne peut avoir lieu avant l'examen périodique

Japan does assert, however, that the Scientific Committee has recognized the value of data derived from JARPA II, including genetic data and age data derived from lethal whaling. In addition, the expert called by Japan, Mr. Walløe, testified that in his view JARPA II has already provided valuable information relating to the RMP and the Antarctic ecosystem.

218. Australia acknowledges that JARPA II has produced some results in the form of data that has been considered by the Scientific Committee. The Parties disagree about this output, however, in the sense that Australia argues that the data obtained from lethal sampling and provided to the Scientific Committee has not proven useful or contributed "significant knowledge" relating to the conservation and management of whales.

219. The Court notes that the Research Plan uses a six-year period to obtain statistically useful information for minke whales and a 12-year period for the other two species, and that it can be expected that the main scientific output of JARPA II would follow these periods. It nevertheless observes that the first research phase of JARPA II (2005-2006 to 2010-2011) has already been completed (see paragraph 119 above), but that Japan points to only two peer-reviewed papers that have resulted from JARPA II to date. These papers do not relate to the JARPA II objectives and rely on data collected from respectively seven and two minke whales caught during the JARPA II feasibility study. While Japan also refers to three presentations made at scientific symposia and to eight papers it has submitted to the Scientific Committee, six of the latter are JARPA II cruise reports, one of the two remaining papers is an evaluation of the JARPA II feasibility study and the other relates to the programme's non-lethal photo identification of blue whales. In light of the fact that JARPA II has been going on since 2005 and has involved the killing of about 3,600 minke whales, the scientific output to date appears limited.

(iii) *Co-operation with other research institutions*

220. Australia points to limited co-operation between JARPA II researchers and other scientists as evidence for its contention that JARPA II is not a programme for purposes of scientific research. One of the experts called by Australia, Mr. Gales, stated that JARPA II "operates in complete isolation" from other Japanese and international research projects concerning the Antarctic ecosystem.

221. In response to a question put by a Member of the Court, Japan cited co-operation with other Japanese research institutions. The expert called by Japan, Mr. Walløe, suggested that co-operation with international research programmes "would be difficult for personal and political reasons", given that the use of lethal methods is contentious among scientists. He acknowledged that co-operation with other Japanese research

du programme. Il souligne toutefois que le comité scientifique a reconnu l'intérêt des données recueillies dans le cadre de JARPA II, et notamment de celles relatives aux caractéristiques génétiques et à l'âge obtenues au moyen de méthodes létales. Par ailleurs, l'expert cité par le Japon, M. Walløe, a estimé que JARPA II avait d'ores et déjà fourni des informations précieuses concernant la RMP et l'écosystème de l'Antarctique.

218. L'Australie reconnaît que JARPA II a produit certains résultats, sous la forme de données soumises à l'examen du comité scientifique. Les Parties ont toutefois des vues divergentes sur la contribution apportée par JARPA II, l'Australie soutenant que les données obtenues à partir de prélèvements létaux et soumises au comité scientifique n'ont pas fait la preuve de leur utilité, pas plus qu'elles n'ont apporté de «connaissances utiles» à la conservation et à la gestion des peuplements baleiniers.

219. La Cour constate que le plan de recherche prévoit un délai d'obtention d'informations statistiquement significatives de six ans pour les petits rorquals et de douze ans pour les deux autres espèces, et qu'il y a donc lieu de penser que la publication des principaux résultats scientifiques de JARPA II devrait suivre ce même calendrier. Or, bien que la première phase de recherche de JARPA II (qui couvrait les saisons 2005-2006 à 2010-2011) (voir paragraphe 119 ci-dessus) soit déjà achevée, le Japon ne fait état que de deux articles validés par des pairs concernant ce programme, articles qui, de surcroît, ne portent pas sur les objectifs de JARPA II mais se fondent sur des données recueillies, respectivement, sur sept et deux petits rorquals capturés lors de l'étude de faisabilité de JARPA II. Le Japon se réfère également à trois exposés présentés dans le cadre de colloques scientifiques et à huit documents qu'il a soumis au comité scientifique, dont six sont des rapports d'expédition de JARPA II, un autre une évaluation de l'étude de faisabilité de ce programme et le dernier une étude consacrée à la photo-identification non létale de baleines bleues dans ce même cadre. Compte tenu du fait que JARPA II se poursuit depuis 2005 et a entraîné la mort de quelque 3600 petits rorquals, l'apport scientifique du programme à ce jour paraît pour le moins modeste.

iii) *Coopération avec d'autres organismes de recherche*

220. A l'appui de sa prétention selon laquelle JARPA II n'est pas un programme en vue de recherches scientifiques, l'Australie invoque le manque de coopération entre les chercheurs de JARPA II et le reste de la communauté scientifique. L'un des experts cités par l'Australie, M. Gales, a déclaré que JARPA II «était mené de manière totalement isolée» par rapport aux autres projets de recherche japonais et internationaux sur l'écosystème de l'Antarctique.

221. En réponse à une question posée par un membre de la Cour, le Japon a donné des exemples de coopération avec d'autres instituts de recherche japonais. L'expert cité par le Japon, M. Walløe, a laissé entendre que la coopération avec des programmes de recherche internationaux «serait difficile, pour des raisons personnelles et politiques», étant donné le caractère controversé au sein de la communauté scienti-

institutions, such as the National Institute for Polar Research, could be improved.

222. The Court notes that the evidence invoked by Japan to demonstrate co-operation with Japanese research institutions relates to JARPA, not JARPA II. It observes that some further evidence of co-operation between JARPA II and other domestic and international research institutions could have been expected in light of the programme's focus on the Antarctic ecosystem and environmental changes in the region.

(d) *Conclusion regarding the application of Article VIII, paragraph 1, to JARPA II*

223. In light of the standard of review set forth above (see paragraph 67), and having considered the evidence with regard to the design and implementation of JARPA II and the arguments of the Parties, it is now for the Court to conclude whether the killing, taking and treating of whales under the special permits granted in connection with JARPA II is "for purposes of scientific research" under Article VIII of the Convention.

224. The Court finds that the use of lethal sampling per se is not unreasonable in relation to the research objectives of JARPA II. However, as compared to JARPA, the scale of lethal sampling in JARPA II is far more extensive with regard to Antarctic minke whales, and the programme includes the lethal sampling of two additional whale species. Japan states that this expansion is required by the new research objectives of JARPA II, in particular, the objectives relating to ecosystem research and the construction of a model of multi-species competition. In the view of the Court, however, the target sample sizes in JARPA II are not reasonable in relation to achieving the programme's objectives.

225. First, the broad objectives of JARPA and JARPA II overlap considerably. To the extent that the objectives are different, the evidence does not reveal how those differences lead to the considerable increase in the scale of lethal sampling in the JARPA II Research Plan. Secondly, the sample sizes for fin and humpback whales are too small to provide the information that is necessary to pursue the JARPA II research objectives based on Japan's own calculations, and the programme's design appears to prevent random sampling of fin whales. Thirdly, the process used to determine the sample size for minke whales lacks transparency, as the experts called by each of the Parties agreed. In particular, the Court notes the absence of complete explanations in the JARPA II Research Plan for the underlying decisions that led to setting the sample size at 850 minke whales (plus or minus 10 per cent) each year. Fourthly, some evidence suggests that the programme could have been adjusted to achieve a far smaller sample size, and Japan does not explain why this was not done. The evi-

fique du recours aux méthodes létales. Il a par ailleurs reconnu que la coopération avec d'autres instituts de recherche japonais, tels que l'institut national pour la recherche polaire, pourrait être améliorée.

222. La Cour relève que les éléments de preuve invoqués par le Japon pour démontrer l'existence d'une coopération avec des instituts de recherche japonais concernent non pas JARPA II, mais JARPA. Elle observe que, JARPA II étant axé sur l'écosystème de l'Antarctique et les modifications de l'environnement dans la région, il était permis d'escompter que le Japon fournirait davantage d'exemples de coopération entre ce programme et d'autres organismes de recherche nationaux et internationaux.

d) *Conclusion concernant l'application du paragraphe 1 de l'article VIII à JARPA II*

223. Compte tenu du critère d'examen exposé ci-dessus (voir paragraphe 67) et ayant analysé les éléments de preuve relatifs à la conception et à la mise en œuvre de JARPA II ainsi que les arguments des Parties, la Cour doit à présent trancher la question de savoir si les baleines mises à mort, capturées et traitées au titre d'un permis spécial délivré dans le cadre de JARPA II le sont «en vue de recherches scientifiques» au sens de l'article VIII de la convention.

224. La Cour estime que, compte tenu des objectifs de recherche de JARPA II, l'utilisation de méthodes létales en tant que telle n'est pas déraisonnable. Toutefois, une comparaison avec JARPA révèle que la taille des échantillons retenue dans le cadre de JARPA II a été considérablement accrue pour ce qui est des petits rorquals de l'Antarctique, le programme prévoyant en outre des prélèvements létaux pour deux nouvelles espèces. Le Japon affirme que cette revision à la hausse était nécessaire au vu des nouveaux objectifs de recherche de JARPA II, en particulier l'étude de l'écosystème et l'élaboration d'un modèle de concurrence entre espèces. La Cour estime néanmoins que les tailles d'échantillon prévues dans le cadre de JARPA II ne sont pas raisonnables au regard des objectifs du programme.

225. Premièrement, les objectifs généraux des deux programmes se recoupent largement. Pour ce qui est de leurs différences, les éléments de preuve ne permettent pas de voir en quoi celles-ci ont pu se traduire par une hausse considérable des prélèvements létaux prévus dans le plan de recherche de JARPA II. Deuxièmement, les tailles d'échantillon de rorquals communs et de baleines à bosse sont, selon les propres calculs du Japon, trop faibles pour fournir les informations nécessaires à la réalisation des objectifs, le programme tel qu'il est conçu paraissant, de surcroît, interdire tout échantillonnage aléatoire de rorquals communs. Troisièmement, le processus de détermination de la taille de l'échantillon de petits rorquals manque de transparence, ainsi que l'ont confirmé les experts cités par les deux Parties. La Cour relève, en particulier, dans le plan de recherche de JARPA II, l'absence d'explications exhaustives concernant les décisions ayant conduit à fixer à 850 (plus ou moins 10%) la taille de l'échantillon annuel de petits rorquals. Quatrièmement, certains éléments

dence before the Court further suggests that little attention was given to the possibility of using non-lethal research methods more extensively to achieve the JARPA II objectives and that funding considerations, rather than strictly scientific criteria, played a role in the programme's design.

226. These problems with the design of JARPA II must also be considered in light of its implementation. First, no humpback whales have been taken, and Japan cites non-scientific reasons for this. Secondly, the take of fin whales is only a small fraction of the number that the JARPA II Research Plan prescribes. Thirdly, the actual take of minke whales has also been far lower than the annual target sample size in all but one season. Despite these gaps between the Research Plan and the programme's implementation, Japan has maintained its reliance on the JARPA II research objectives — most notably, ecosystem research and the goal of constructing a model of multi-species competition — to justify both the use and extent of lethal sampling prescribed by the JARPA II Research Plan for all three species. Neither JARPA II's objectives nor its methods have been revised or adapted to take account of the actual number of whales taken. Nor has Japan explained how those research objectives remain viable given the decision to use six-year and 12-year research periods for different species, coupled with the apparent decision to abandon the lethal sampling of humpback whales entirely and to take very few fin whales. Other aspects of JARPA II also cast doubt on its characterization as a programme for purposes of scientific research, such as its open-ended time frame, its limited scientific output to date, and the absence of significant co-operation between JARPA II and other related research projects.

227. Taken as a whole, the Court considers that JARPA II involves activities that can broadly be characterized as scientific research (see paragraph 127 above), but that the evidence does not establish that the programme's design and implementation are reasonable in relation to achieving its stated objectives. The Court concludes that the special permits granted by Japan for the killing, taking and treating of whales in connection with JARPA II are not "for purposes of scientific research" pursuant to Article VIII, paragraph 1, of the Convention.

4. Conclusions regarding Alleged Violations of the Schedule

228. The Court turns next to the implications of the above conclusion, in light of Australia's contention that Japan has breached three provi-

laissent penser que le programme aurait pu être revu et corrigé de manière à réduire la taille des échantillons, mais le Japon n'explique pas pourquoi cela n'a pas été fait. Il ressort également des éléments de preuve versés au dossier que la possibilité de recourir plus largement aux méthodes non létales pour réaliser les objectifs de JARPA II n'a pas été vraiment prise en considération, et que des considérations financières, plutôt que des critères purement scientifiques, sont intervenues dans la conception du programme.

226. Ces défauts de conception doivent également être examinés à la lumière de la mise en œuvre du programme. Tout d'abord, aucune baleine à bosse n'a été capturée dans le cadre de JARPA II, ce à quoi le Japon fournit des explications qui ne sont pas d'ordre scientifique. Ensuite, les prises effectives de rorquals communs ne représentent qu'une petite proportion du nombre prévu dans le plan de recherche de JARPA II. Enfin, hormis pendant une saison, les prises effectives de petits rorquals ont de surcroît été très inférieures aux objectifs de capture annuels. Malgré ces différences entre le plan de recherche et la mise en œuvre du programme, le Japon continue de s'appuyer sur les objectifs de recherche de JARPA II — tout particulièrement l'étude de l'écosystème et l'élaboration d'un modèle de concurrence entre espèces — pour justifier tant l'utilisation que l'ampleur des prélèvements létaux de ces trois espèces prévus dans le plan de recherche. Ni les objectifs ni les méthodes de JARPA II n'ont fait l'objet d'une quelconque revision ou adaptation destinées à prendre en compte le nombre de baleines effectivement prélevées. Le Japon n'a pas davantage expliqué en quoi ces objectifs de recherche demeuraient viables, face à la décision d'utiliser des périodes de recherche de six et douze ans en fonction des espèces, et d'abandonner totalement, semble-t-il, l'échantillonnage létal des baleines à bosse tout en réduisant considérablement le volume de capture des rorquals communs. D'autres aspects de JARPA II, tels que son caractère illimité dans le temps, sa faible contribution scientifique à ce jour et l'absence de coopération notable avec les chercheurs d'autres projets de recherche connexes, incitent également à douter que celui-ci réponde aux critères d'un programme conduit en vue de recherches scientifiques.

227. La Cour estime que si JARPA II, pris dans son ensemble, comporte des activités susceptibles d'être globalement qualifiées de recherches scientifiques (voir paragraphe 127 ci-dessus), les éléments de preuve dont elle dispose ne permettent pas d'établir que la conception et la mise en œuvre de ce programme sont raisonnables au regard de ses objectifs annoncés. La Cour conclut que les permis spéciaux au titre desquels le Japon autorise la mise à mort, la capture et le traitement de baleines dans le cadre de JARPA II ne sont pas délivrés «en vue de recherches scientifiques» au sens du paragraphe 1 de l'article VIII de la convention.

4. Conclusions concernant les allégations de violation des dispositions du règlement

228. La Cour se penchera à présent sur les conséquences de la conclusion énoncée ci-dessus, à la lumière de l'affirmation de l'Australie selon

sions of the Schedule that set forth restrictions on the killing, taking and treating of whales: the obligation to respect zero catch limits for the killing for commercial purposes of whales from all stocks (para. 10 *(e)*); the factory ship moratorium (para. 10 *(d)*); and the prohibition on commercial whaling in the Southern Ocean Sanctuary (para. 7 *(b)*).

229. The Court observes that the precise formulations of the three Schedule provisions invoked by Australia (reproduced in pertinent part below, see paragraphs 231-233) differ from each other. The "factory ship moratorium" makes no explicit reference to commercial whaling, whereas the requirement to observe zero catch limits and the provision establishing the Southern Ocean Sanctuary express their prohibitions with reference to "commercial" whaling. In the view of the Court, despite these differences in wording, the three Schedule provisions are clearly intended to cover all killing, taking and treating of whales that is neither "for purposes of scientific research" under Article VIII, paragraph 1, of the Convention, nor aboriginal subsistence whaling under paragraph 13 of the Schedule, which is not germane to this case. The reference to "commercial" whaling in paragraphs 7 *(b)* and 10 *(e)* of the Schedule can be explained by the fact that in nearly all cases this would be the most appropriate characterization of the whaling activity concerned. The language of the two provisions cannot be taken as implying that there exist categories of whaling which do not come within the provisions of either Article VIII, paragraph 1, of the Convention or paragraph 13 of the Schedule but which nevertheless fall outside the scope of the prohibitions in paragraphs 7 *(b)* and 10 *(e)* of the Schedule. Any such interpretation would leave certain undefined categories of whaling activity beyond the scope of the Convention and thus would undermine its object and purpose. It may also be observed that at no point in the present proceedings did the Parties and the intervening State suggest that such additional categories exist.

230. The Court therefore proceeds on the basis that whaling that falls outside Article VIII, paragraph 1, other than aboriginal subsistence whaling, is subject to the three Schedule provisions invoked by Australia. As this conclusion flows from the interpretation of the Convention and thus applies to any special permit granted for the killing, taking and treating of whales that is not "for purposes of scientific research" in the context of Article VIII, paragraph 1, the Court sees no reason to evaluate the evidence in support of the Parties' competing contentions about whether or not JARPA II has attributes of commercial whaling.

laquelle le Japon a violé trois dispositions du règlement qui imposent des restrictions à la mise à mort, à la capture et au traitement des baleines: l'obligation de respecter la limite fixée à zéro concernant le nombre de baleines pouvant être mises à mort, toutes espèces confondues, à des fins commerciales (par. 10 *e)*), le moratoire sur les usines flottantes (par. 10 *d)*) et l'interdiction de la chasse commerciale dans le sanctuaire de l'océan Austral (par. 7 *b)*).

229. La Cour observe que les formulations précises de chacune des trois dispositions du règlement invoquées par l'Australie (reproduites dans leurs parties pertinentes ci-dessous, voir paragraphes 231-233) diffèrent les unes des autres. La disposition qui établit le «moratoire sur les usines flottantes» ne fait pas explicitement référence à la chasse «commerciale», à la différence de celles imposant de respecter la limite de capture fixée à zéro et créant le sanctuaire de l'océan Austral, qui interdisent expressément cette forme de chasse. De l'avis de la Cour, malgré ces différences de formulation, les trois dispositions du règlement sont néanmoins clairement censées couvrir la mise à mort, la capture et le traitement des baleines dans tous les cas où de telles activités ne seraient pas menées «en vue de recherches scientifiques» au titre du paragraphe 1 de l'article VIII de la convention ou au titre de la chasse aborigène de subsistance prévue au paragraphe 13 du règlement, laquelle est sans rapport avec la présente affaire. La mention de la chasse «commerciale» aux paragraphes 7 *b)* et 10 *e)* du règlement peut s'expliquer par le fait que, dans presque tous les cas, telle serait la qualification la plus appropriée de l'activité de chasse pratiquée. Le libellé de ces deux dispositions ne saurait être interprété comme donnant à penser qu'il existerait certaines catégories de chasse à la baleine qui n'entreraient pas dans les prévisions du paragraphe 1 de l'article VIII de la convention ou du paragraphe 13 du règlement, mais qui ne tomberaient pas pour autant sous le coup des interdictions énoncées aux paragraphes 7 *b)* et 10 *e)* du règlement. Toute interprétation de ce genre laisserait hors du champ d'application de la convention certaines catégories non définies de chasse à la baleine, ce qui ferait échec à son objet et à son but. Il convient également d'observer que, à aucun moment de la présente procédure, les Parties et l'Etat intervenant n'ont laissé entendre que de telles autres catégories existeraient.

230. La Cour partira donc du principe que, dès lors qu'elle n'entre pas dans les prévisions du paragraphe 1 de l'article VIII, la chasse à la baleine — hormis la chasse aborigène de subsistance — tombe sous le coup des trois dispositions du règlement invoquées par l'Australie. Cette conclusion découlant de l'interprétation de la convention et s'appliquant par conséquent à tout permis spécial autorisant la mise à mort, la capture et le traitement de baleines qui ne serait pas délivré «en vue de recherches scientifiques» au sens du paragraphe 1 de l'article VIII, la Cour ne voit aucun motif d'examiner les éléments de preuve apportés par les Parties à l'appui de leurs thèses contradictoires sur le point de savoir si la chasse pratiquée dans le cadre de JARPA II est, à certains égards, de nature commerciale.

231. The moratorium on commercial whaling, paragraph 10 *(e)*, provides:

> "Notwithstanding the other provisions of paragraph 10, catch limits for the killing for commercial purposes of whales from all stocks for the 1986 coastal and the 1985-1986 pelagic seasons and thereafter shall be zero. This provision will be kept under review, based upon the best scientific advice, and by 1990 at the latest the Commission will undertake a comprehensive assessment of the effects of this decision on whale stocks and consider modification of this provision and the establishment of other catch limits."

From 2005 to the present, Japan, through the issuance of JARPA II permits, has set catch limits above zero for three species — 850 for minke whales, 50 for fin whales and 50 for humpback whales. As stated above (see paragraphs 229-230), the Court considers that all whaling that does not fit within Article VIII of the Convention (other than aboriginal subsistence whaling) is subject to paragraph 10 *(e)* of the Schedule. It follows that Japan has not acted in conformity with its obligations under paragraph 10 *(e)* in each of the years in which it has granted permits for JARPA II (2005 to the present) because those permits have set catch limits higher than zero.

232. The factory ship moratorium, paragraph 10 *(d)*, provides:

> "Notwithstanding the other provisions of paragraph 10, there shall be a moratorium on the taking, killing or treating of whales, except minke whales, by factory ships or whale catchers attached to factory ships. This moratorium applies to sperm whales, killer whales and baleen whales, except minke whales."

The Convention defines a "factory ship" as a ship "in which or on which whales are treated either wholly or in part" and defines a "whale catcher" as a ship "used for the purpose of hunting, taking, towing, holding on to, or scouting for whales" (Art. II, paras. 1 and 3). The vessel *Nisshin Maru*, which has been used in JARPA II, is a factory ship, and other JARPA II vessels have served as whale catchers. As stated above (see paragraphs 229-230), the Court considers that all whaling that does not fit within Article VIII of the Convention (other than aboriginal subsistence whaling) is subject to paragraph 10 *(d)* of the Schedule. It follows that Japan has not acted in conformity with its obligations under paragraph 10 *(d)* in each of the seasons during which fin whales were taken, killed and treated in JARPA II.

233. Paragraph 7 *(b)*, which establishes the Southern Ocean Sanctuary, provides in pertinent part: "In accordance with Article V (1) *(c)* of

231. Le paragraphe 10 *e)*, qui établit le moratoire sur la chasse commerciale, est ainsi libellé :

> « Nonobstant les autres dispositions du paragraphe 10, le nombre maximal de captures de baleines à des fins commerciales dans toutes les populations pendant la saison côtière 1986 et les saisons pélagiques 1985-1986 et suivantes est fixé à zéro. La présente disposition sera régulièrement soumise à un examen fondé sur les meilleurs avis scientifiques et, d'ici 1990 au plus tard, la commission procédera à une évaluation exhaustive des effets de cette mesure sur les populations de baleines et envisagera le cas échéant de modifier cette disposition pour fixer d'autres limites de capture. »

De 2005 à nos jours, dans le cadre des permis qu'il a délivrés au titre de JARPA II, le Japon a fixé des limites de capture supérieures à zéro pour trois espèces — 850 pour les petits rorquals, 50 pour les rorquals communs et 50 pour les baleines à bosse. Comme indiqué ci-dessus (voir paragraphes 229-230), la Cour estime que toutes les activités de chasse à la baleine qui n'entrent pas dans les prévisions de l'article VIII de la convention (hormis la chasse aborigène de subsistance) tombent sous le coup du paragraphe 10 *e)* du règlement qui y est annexé. Il s'ensuit que le Japon ne s'est pas conformé à ses obligations en vertu dudit paragraphe, et ce, pour chacune des années au cours desquelles il a accordé des permis au titre de JARPA II (soit de 2005 à nos jours), étant donné que ces permis fixaient des limites de capture supérieures à zéro.

232. Le paragraphe 10 *d)*, qui établit le moratoire sur les usines flottantes, se lit comme suit :

> « Nonobstant les autres dispositions du paragraphe 10, un moratoire est appliqué à la capture, à l'abattage et au traitement des baleines, à l'exception des petits rorquals, pratiqués par des usines flottantes ou des navires baleiniers rattachés à des usines flottantes. Ce moratoire s'applique aux cachalots, aux orques et aux baleines à fanons, à l'exception des petits rorquals. »

La convention définit une « usine flottante » comme un navire « à bord duquel les baleines sont traitées en tout ou en partie », et un « navire baleinier » comme un navire « utilisé pour chasser, capturer, remorquer, poursuivre ou repérer des baleines » (art. II, par. 1 et 3). Le navire *Nisshin Maru*, utilisé dans le cadre de JARPA II, est une usine flottante, et d'autres navires utilisés dans le cadre de JARPA II ont servi de navires baleiniers. Comme indiqué ci-dessus (voir paragraphes 229-230), la Cour estime que toutes les activités de chasse à la baleine qui n'entrent pas dans les prévisions de l'article VIII de la convention (hormis la chasse aborigène de subsistance) tombent sous le coup du paragraphe 10 *d)* du règlement qui y est annexé. Il s'ensuit que le Japon ne s'est pas conformé à ses obligations en vertu dudit paragraphe, et ce, pour chacune des saisons au cours desquelles ont été capturés, mis à mort et traités des rorquals communs dans le cadre de JARPA II.

233. Le paragraphe 7 *b)*, qui établit le sanctuaire de l'océan Austral, dispose, dans sa partie pertinente, que, « [c]onformément aux dispositions de

the Convention, commercial whaling, whether by pelagic operations or from land stations, is prohibited in a region designated as the Southern Ocean Sanctuary."

As previously noted, JARPA II operates within the Southern Ocean Sanctuary (see paragraph 120). Paragraph 7 *(b)* does not apply to minke whales in relation to Japan, as a consequence of Japan's objection to the paragraph. As stated above (see paragraphs 229-230), the Court considers that all whaling that does not fit within Article VIII of the Convention (other than aboriginal subsistence whaling) is subject to paragraph 7 *(b)* of the Schedule. It follows that Japan has not acted in conformity with its obligations under paragraph 7 *(b)* in each of the seasons of JARPA II during which fin whales have been taken.

5. Alleged Non-Compliance by Japan with Its Obligations under Paragraph 30 of the Schedule

234. In its final submissions, Australia asks the Court to adjudge and declare that Japan violated its obligation to comply with paragraph 30 of the Schedule, which requires Contracting Governments to make proposed permits available to the IWC Secretary before they are issued, in sufficient time to permit review and comment by the Scientific Committee. Paragraph 30 states that the proposed permits should specify: the objectives of the research, the number, sex, size and stock of the animals to be taken; opportunities for participation in the research by scientists of other nations; and the possible effect on conservation of the stock.

235. Although the alleged violation of paragraph 30 was not framed as a submission in Australia's Memorial, the Memorial addressed the issue, as did Japan's Counter-Memorial.

236. Australia raises two complaints with regard to paragraph 30 — that Japan has failed to provide proposed permits for review prior to the commencement of each season of JARPA II and that the annual permits do not contain the information required by paragraph 30.

237. In response, Japan points out that, prior to the present proceedings, Australia had not complained within the Scientific Committee regarding this alleged breach of paragraph 30. Japan explained that the JARPA II Research Plan was submitted two months in advance of the IWC's June 2005 meeting, prior to the issuance of any special permits for JARPA II, and that the Scientific Committee reviewed and commented on the proposal, in keeping with the then-applicable Guidelines, reflected in Annex Y. Japan asserts that for a multi-year programme such as JARPA II, only the initial proposal is reviewed by the Scientific Committee and that "ongoing unchanged proposals that have already been reviewed" are not subject to annual review. According to Japan, this had

l'article V 1 *c)* de la convention, la chasse commerciale, qu'elle soit effectuée dans le cadre d'opérations pélagiques ou à partir de stations terrestres, est interdite dans une zone dénommée sanctuaire de l'océan Austral».

Comme indiqué ci-dessus, JARPA II se déroule dans le sanctuaire de l'océan Austral (voir paragraphe 120). Le paragraphe 7 *b)* ne s'applique pas à l'égard du Japon pour ce qui est des petits rorquals, compte tenu de l'objection qu'il a présentée à cet effet. Comme indiqué ci-dessus (voir paragraphes 229-230), la Cour estime que toutes les activités de chasse à la baleine qui n'entrent pas dans les prévisions de l'article VIII de la convention (hormis la chasse aborigène de subsistance) tombent sous le coup du paragraphe 7 *b)* du règlement qui y est annexé. Il s'ensuit que le Japon ne s'est pas conformé à ses obligations en vertu dudit paragraphe, et ce, pour chacune des saisons au cours desquelles ont été capturés des rorquals communs dans le cadre de JARPA II.

5. Manquement allégué aux obligations incombant au Japon au titre du paragraphe 30 du règlement

234. Dans ses conclusions finales, l'Australie demande à la Cour de dire et juger que le Japon a violé son obligation de se conformer aux dispositions du paragraphe 30 du règlement. Celles-ci stipulent que tout Etat contractant est tenu de soumettre au secrétaire de la CBI les permis en instance de délivrance, dans un délai suffisant pour permettre au comité scientifique de les examiner et de les commenter. Aux termes dudit paragraphe, les propositions de permis doivent spécifier: les objectifs de la recherche; le nombre, le sexe, la taille et la population des animaux à capturer; les possibilités de participation aux recherches de scientifiques provenant d'autres pays; et les effets potentiels de cette chasse sur la conservation de la population concernée.

235. Si la violation alléguée des dispositions du paragraphe 30 ne figure pas parmi les chefs de conclusions formulés par l'Australie dans son mémoire, la question y est néanmoins évoquée, de même que dans le contre-mémoire du Japon.

236. L'Australie formule deux griefs au titre du paragraphe 30, soutenant que le Japon n'a pas soumis pour examen les propositions de permis avant le début de chaque saison de JARPA II, et que les permis annuels ne contiennent pas les informations requises aux termes de ce paragraphe.

237. Pour sa défense, le Japon fait valoir que, avant la présente instance, l'Australie ne s'était jamais plainte devant le comité scientifique de ce prétendu manquement au paragraphe 30. Il précise qu'il a soumis le plan de recherche de JARPA II deux mois avant la tenue de la réunion de la CBI en juin 2005, et donc avant de délivrer le moindre permis spécial au titre de ce programme, et que le comité scientifique a examiné et commenté le projet conformément aux lignes directrices alors applicables, telles qu'énoncées à l'annexe Y. Le Japon soutient que, dans le cas d'un programme pluriannuel comme JARPA II, le comité scientifique évalue uniquement le projet initial, sans réexaminer chaque année les «propositions relatives à des projets en cours n'ayant pas fait l'objet de modifica-

been the practice of the Scientific Committee prior to the submission of the JARPA II Research Plan and it has been formalized by Annex P.

238. As regards the question of timing, the Court observes that Japan submitted the JARPA II Research Plan for review by the Scientific Committee in advance of granting the first permit for the programme. Subsequent permits that have been granted on the basis of that proposal must be submitted to the Commission pursuant to Article VIII, paragraph 1, of the Convention, which states that "[e]ach Contracting Government shall report at once to the Commission all such authorizations which it has granted". Australia does not contest that Japan has done so with regard to each permit that has been granted for JARPA II.

239. As regards the substantive requirements of paragraph 30, the Court finds that the JARPA II Research Plan, which constitutes the proposal for the grant of special permits, sets forth the information specified by that provision. This was also recognized by the Scientific Committee in 2005 in its review of the JARPA II Research Plan. The lack of detail in the permits themselves is consistent with the fact that the programme is a multi-year programme, as described in the JARPA II Research Plan. Japan's approach accords with the practice of the Scientific Committee.

240. The Court observes that paragraph 30 and the related Guidelines regarding the submission of proposed permits and the review by the Scientific Committee (currently, Annex P) must be appreciated in light of the duty of co-operation with the IWC and its Scientific Committee that is incumbent upon all States parties to the Convention, which was recognized by both Parties and the intervening State. As has been discussed above (see paragraphs 199-212), the implementation of JARPA II differs in significant respects from the original design of the programme that was reflected in the JARPA II Research Plan. Under such circumstances, consideration by a State party of revising the original design of the programme for review would demonstrate co-operation by a State party with the Scientific Committee.

241. The Court notes that 63 Scientific Committee participants declined to take part in the 2005 review of the JARPA II Research Plan, citing the need for the Scientific Committee to complete its final review of JARPA before the new proposal could be assessed. Those scientists submitted a separate set of comments on the JARPA II Research Plan, which were critical of its stated objectives and methodology, but did not assert that the proposal fell short of Scientific Committee practice under paragraph 30.

242. For these reasons, the Court is persuaded that Japan has met the requirements of paragraph 30 as far as JARPA II is concerned.

* * *

tions». Telle était, affirme-t-il, la pratique du comité scientifique avant que le Japon ne soumette son plan de recherche pour JARPA II, pratique qui a ensuite été formalisée dans l'annexe P.

238. Pour ce qui est du calendrier, la Cour note que le Japon a soumis le plan de recherche de JARPA II à l'examen du comité scientifique avant de délivrer le premier permis au titre de ce programme. S'agissant des permis suivants qui ont été délivrés sur la base de cette proposition, ils relèvent du paragraphe 1 de l'article VIII de la convention, aux termes duquel «[c]haque Gouvernement contractant devra porter immédiatement à la connaissance de la Commission toutes les autorisations de cette nature qu'il aura accordées». L'Australie ne conteste pas que le Japon a procédé ainsi pour chaque permis qu'il a délivré dans le cadre de JARPA II.

239. Pour ce qui est des obligations de fond imposées par le paragraphe 30, la Cour considère que le plan de recherche de JARPA II, sur la base duquel sont délivrés les permis spéciaux, fournit les informations requises par cette disposition, comme l'a reconnu le comité scientifique lorsqu'il a examiné ce plan de recherche en 2005. L'absence d'informations détaillées dans les permis eux-mêmes peut s'expliquer par le caractère pluriannuel du programme, tel que décrit dans le plan de recherche de JARPA II, dont le Japon n'a jamais modifié ni les objectifs ni les méthodes de recherche. La manière dont a procédé le Japon est conforme à la pratique du comité scientifique.

240. La Cour observe que le paragraphe 30 du règlement et les lignes directrices relatives à la communication des propositions de permis et à leur examen par le comité scientifique (lesquelles font actuellement l'objet de l'annexe P) doivent être considérés à la lumière du devoir de coopération avec la CBI et le comité scientifique qui s'impose à tous les Etats contractants, devoir qui a été reconnu par les deux Parties et l'Etat intervenant. Comme indiqué ci-dessus (voir paragraphes 199-212), la façon dont JARPA II a été mis en œuvre diffère par plusieurs aspects importants de ce qui avait été initialement prévu et décrit dans le plan de recherche. Dans de telles circonstances, un Etat partie qui soumettrait à l'examen du comité scientifique un projet revisé montrerait sa volonté de coopérer avec celui-ci.

241. La Cour relève que 63 membres du comité scientifique ont décidé de ne pas participer à l'examen du plan de recherche de JARPA II en 2005, arguant que le comité scientifique ne pouvait examiner le nouveau projet sans avoir, au préalable, mené à bien l'évaluation finale de JARPA. Ces scientifiques ont soumis leurs propres commentaires sur le plan de recherche de JARPA II, dans lesquels ils critiquaient les méthodes et les objectifs envisagés, sans pour autant affirmer que la proposition était insuffisante au regard de la pratique du comité scientifique en vertu du paragraphe 30.

242. En conséquence, la Cour estime que le Japon a satisfait aux exigences du paragraphe 30 en ce qui concerne JARPA II.

* * *

243. In view of the conclusions that the Court has reached regarding the characterization of JARPA II in relation to Article VIII, as well as the implications of these conclusions for Japan's obligations under the Schedule, the Court does not need to address other arguments invoked by Australia in support of its claims.

III. Remedies

244. In addition to asking the Court to find that the killing, taking and treating of whales under special permits granted for JARPA II is not for purposes of scientific research within the meaning of Article VIII and that Japan thus has violated three paragraphs of the Schedule, Australia asks the Court to adjudge and declare that Japan shall:

"*(a)* refrain from authorizing or implementing any special permit whaling which is not for purposes of scientific research within the meaning of Article VIII;

(b) cease with immediate effect the implementation of JARPA II; and

(c) revoke any authorization, permit or licence that allows the implementation of JARPA II".

245. The Court observes that JARPA II is an ongoing programme. Under these circumstances, measures that go beyond declaratory relief are warranted. The Court therefore will order that Japan shall revoke any extant authorization, permit or licence to kill, take or treat whales in relation to JARPA II, and refrain from granting any further permits under Article VIII, paragraph 1, of the Convention, in pursuance of that programme.

246. The Court sees no need to order the additional remedy requested by Australia, which would require Japan to refrain from authorizing or implementing any special permit whaling which is not for purposes of scientific research within the meaning of Article VIII. That obligation already applies to all States parties. It is to be expected that Japan will take account of the reasoning and conclusions contained in this Judgment as it evaluates the possibility of granting any future permits under Article VIII, paragraph 1, of the Convention.

* * *

247. For these reasons,

THE COURT,

(1) Unanimously,

243. Au vu des conclusions auxquelles elle est parvenue concernant la qualification de JARPA II dans le contexte de l'article VIII, et des conséquences de ces conclusions sur les obligations incombant au Japon en vertu du règlement, il n'y a pas lieu pour la Cour d'examiner les autres arguments invoqués par l'Australie à l'appui de ses prétentions.

III. Remèdes

244. Outre qu'elle demande à la Cour de conclure que les baleines mises à mort, capturées et traitées au titre de permis spéciaux délivrés dans le cadre de JARPA II ne le sont pas à des fins de recherche scientifique au sens de l'article VIII et que le Japon a donc agi en violation des dispositions de trois paragraphes du règlement, l'Australie prie la Cour de dire et juger que le Japon doit :

«*a)* s'abstenir d'autoriser ou d'exécuter toute activité de chasse à la baleine au titre d'un permis spécial qui ne serait pas menée en vue de recherches scientifiques au sens de l'article VIII ;

b) mettre fin, avec effet immédiat, à l'exécution du programme JARPA II ; et

c) révoquer tout permis, autorisation ou licence permettant la mise en œuvre du programme JARPA II».

245. La Cour constate que JARPA II est toujours en cours et que, dans ces circonstances, des mesures allant au-delà d'un jugement déclaratoire s'imposent. Elle ordonnera donc au Japon de révoquer tout permis, autorisation ou licence déjà délivré pour mettre à mort, capturer ou traiter des baleines dans le cadre de JARPA II, et de s'abstenir d'accorder tout nouveau permis en vertu du paragraphe 1 de l'article VIII de la convention au titre de ce programme.

246. La Cour ne juge pas nécessaire d'ordonner l'autre remède sollicité par l'Australie, qui exigerait du Japon qu'il s'abstienne d'autoriser ou de pratiquer la moindre activité de chasse à la baleine au titre d'un permis spécial qui ne serait pas menée en vue de recherches scientifiques au sens de l'article VIII. Tous les Etats parties sont déjà soumis à cette obligation. Et il y a tout lieu de penser que, lorsqu'il examinera la possibilité de délivrer de futurs permis en vertu du paragraphe 1 de l'article VIII de la convention, le Japon tiendra compte du raisonnement suivi par la Cour dans le présent arrêt, ainsi que des conclusions y énoncées.

* * *

247. Par ces motifs,

La Cour,

1) A l'unanimité,

Finds that it has jurisdiction to entertain the Application filed by Australia on 31 May 2010;

(2) By twelve votes to four,

Finds that the special permits granted by Japan in connection with JARPA II do not fall within the provisions of Article VIII, paragraph 1, of the International Convention for the Regulation of Whaling;

IN FAVOUR: *President* Tomka; *Vice-President* Sepúlveda-Amor; *Judges* Keith, Skotnikov, Cançado Trindade, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari; *Judge* ad hoc Charlesworth;

AGAINST: *Judges* Owada, Abraham, Bennouna, Yusuf;

(3) By twelve votes to four,

Finds that Japan, by granting special permits to kill, take and treat fin, humpback and Antarctic minke whales in pursuance of JARPA II, has not acted in conformity with its obligations under paragraph 10 *(e)* of the Schedule to the International Convention for the Regulation of Whaling;

IN FAVOUR: *President* Tomka; *Vice-President* Sepúlveda-Amor; *Judges* Keith, Skotnikov, Cançado Trindade, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari; *Judge* ad hoc Charlesworth;

AGAINST: *Judges* Owada, Abraham, Bennouna, Yusuf;

(4) By twelve votes to four,

Finds that Japan has not acted in conformity with its obligations under paragraph 10 *(d)* of the Schedule to the International Convention for the Regulation of Whaling in relation to the killing, taking and treating of fin whales in pursuance of JARPA II;

IN FAVOUR: *President* Tomka; *Vice-President* Sepúlveda-Amor; *Judges* Keith, Skotnikov, Cançado Trindade, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari; *Judge* ad hoc Charlesworth;

AGAINST: *Judges* Owada, Abraham, Bennouna, Yusuf;

(5) By twelve votes to four,

Finds that Japan has not acted in conformity with its obligations under paragraph 7 *(b)* of the Schedule to the International Convention for the Regulation of Whaling in relation to the killing, taking and treating of fin whales in the "Southern Ocean Sanctuary" in pursuance of JARPA II;

IN FAVOUR: *President* Tomka; *Vice-President* Sepúlveda-Amor; *Judges* Keith, Skotnikov, Cançado Trindade, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari; *Judge* ad hoc Charlesworth;

AGAINST: *Judges* Owada, Abraham, Bennouna, Yusuf;

Dit qu'elle a compétence pour connaître de la requête déposée par l'Australie le 31 mai 2010;

2) Par douze voix contre quatre,

Dit que les permis spéciaux délivrés par le Japon dans le cadre de JARPA II n'entrent pas dans les prévisions du paragraphe 1 de l'article VIII de la convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine;

POUR: M. Tomka, *président*; M. Sepúlveda-Amor, *vice-président*; MM. Keith, Skotnikov, Cançado Trindade, Greenwood, M^mes^ Xue, Donoghue, M. Gaja, M^me^ Sebutinde, M. Bhandari, *juges*; M^me^ Charlesworth, *juge* ad hoc;

CONTRE: MM. Owada, Abraham, Bennouna, Yusuf, *juges*;

3) Par douze voix contre quatre,

Dit que, en délivrant des permis spéciaux autorisant la mise à mort, la capture et le traitement de rorquals communs, de baleines à bosse et de petits rorquals de l'Antarctique dans le cadre de JARPA II, le Japon n'a pas agi en conformité avec ses obligations au titre du paragraphe 10 *e)* du règlement annexé à la convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine;

POUR: M. Tomka, *président*; M. Sepúlveda-Amor, *vice-président*; MM. Keith, Skotnikov, Cançado Trindade, Greenwood, M^mes^ Xue, Donoghue, M. Gaja, M^me^ Sebutinde, M. Bhandari, *juges*; M^me^ Charlesworth, *juge* ad hoc;

CONTRE: MM. Owada, Abraham, Bennouna, Yusuf, *juges*;

4) Par douze voix contre quatre,

Dit que le Japon n'a pas agi en conformité avec ses obligations au titre du paragraphe 10 *d)* du règlement annexé à la convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine pour ce qui est de la mise à mort, de la capture et du traitement de rorquals communs dans le cadre de JARPA II;

POUR: M. Tomka, *président*; M. Sepúlveda-Amor, *vice-président*; MM. Keith, Skotnikov, Cançado Trindade, Greenwood, M^mes^ Xue, Donoghue, M. Gaja, M^me^ Sebutinde, M. Bhandari, *juges*; M^me^ Charlesworth, *juge* ad hoc;

CONTRE: MM. Owada, Abraham, Bennouna, Yusuf, *juges*;

5) Par douze voix contre quatre,

Dit que le Japon n'a pas agi en conformité avec ses obligations au titre du paragraphe 7 *b)* du règlement annexé à la convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine pour ce qui est de la mise à mort, de la capture et du traitement de rorquals communs dans le «sanctuaire de l'océan Austral» dans le cadre de JARPA II;

POUR: M. Tomka, *président*; M. Sepúlveda-Amor, *vice-président*; MM. Keith, Skotnikov, Cançado Trindade, Greenwood, M^mes^ Xue, Donoghue, M. Gaja, M^me^ Sebutinde, M. Bhandari, *juges*; M^me^ Charlesworth, *juge* ad hoc;

CONTRE: MM. Owada, Abraham, Bennouna, Yusuf, *juges*;

(6) By thirteen votes to three,

Finds that Japan has complied with its obligations under paragraph 30 of the Schedule to the International Convention for the Regulation of Whaling with regard to JARPA II;

IN FAVOUR: *President* Tomka; *Vice-President* Sepúlveda-Amor; *Judges* Owada, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja;

AGAINST: *Judges* Sebutinde, Bhandari; *Judge* ad hoc Charlesworth;

(7) By twelve votes to four,

Decides that Japan shall revoke any extant authorization, permit or licence granted in relation to JARPA II, and refrain from granting any further permits in pursuance of that programme.

IN FAVOUR: *President* Tomka; *Vice-President* Sepúlveda-Amor; *Judges* Keith, Skotnikov, Cançado Trindade, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari; *Judge* ad hoc Charlesworth;

AGAINST: *Judges* Owada, Abraham, Bennouna, Yusuf.

Done in English and in French, the English text being authoritative, at the Peace Palace, The Hague, this thirty-first day of March, two thousand and fourteen, in four copies, one of which will be placed in the archives of the Court and the others transmitted to the Government of Australia, the Government of Japan and the Government of New Zealand, respectively.

(Signed) Peter TOMKA,
President.

(Signed) Philippe COUVREUR,
Registrar.

Judges OWADA and ABRAHAM append dissenting opinions to the Judgment of the Court; Judge KEITH appends a declaration to the Judgment of the Court; Judge BENNOUNA appends a dissenting opinion to the Judgment of the Court; Judge CANÇADO TRINDADE appends a separate opinion to the Judgment of the Court; Judge YUSUF appends a dissenting opinion to the Judgment of the Court; Judges GREENWOOD, XUE, SEBUTINDE and BHANDARI append separate opinions to the Judgment of the Court; Judge *ad hoc* CHARLESWORTH appends a separate opinion to the Judgment of the Court.

(Initialled) P.T.

(Initialled) Ph.C.

6) Par treize voix contre trois,

Dit que le Japon a respecté ses obligations au titre du paragraphe 30 du règlement annexé à la convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine dans le cadre de JARPA II;

POUR: M. Tomka, *président*; M. Sepúlveda-Amor, *vice-président*; MM. Owada, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood, M^mes^ Xue, Donoghue, M. Gaja, *juges*;

CONTRE: M^me^ Sebutinde, M. Bhandari, *juges*; M^me^ Charlesworth, *juge* ad hoc;

7) Par douze voix contre quatre,

Décide que le Japon doit révoquer tout permis, autorisation ou licence déjà délivré dans le cadre de JARPA II et s'abstenir d'accorder tout nouveau permis au titre de ce programme.

POUR: M. Tomka, *président*; M. Sepúlveda-Amor, *vice-président*; MM. Keith, Skotnikov, Cançado Trindade, Greenwood, M^mes^ Xue, Donoghue, M. Gaja, M^me^ Sebutinde, M. Bhandari, *juges*; M^me^ Charlesworth, *juge* ad hoc;

CONTRE: MM. Owada, Abraham, Bennouna, Yusuf, *juges*.

Fait en anglais et en français, le texte anglais faisant foi, au Palais de la Paix, à La Haye, le trente et un mars deux mille quatorze, en quatre exemplaires, dont l'un restera déposé aux archives de la Cour et les autres seront transmis respectivement au Gouvernement de l'Australie, au Gouvernement du Japon et au Gouvernement de la Nouvelle-Zélande.

Le président,
(Signé) Peter TOMKA.

Le greffier,
(Signé) Philippe COUVREUR.

MM. les juges OWADA et ABRAHAM joignent à l'arrêt les exposés de leur opinion dissidente; M. le juge KEITH joint une déclaration à l'arrêt; M. le juge BENNOUNA joint à l'arrêt l'exposé de son opinion dissidente; M. le juge CANÇADO TRINDADE joint à l'arrêt l'exposé de son opinion individuelle; M. le juge YUSUF joint à l'arrêt l'exposé de son opinion dissidente; M. le juge GREENWOOD, M^mes^ les juges XUE et SEBUTINDE, ainsi que M. le juge BHANDARI joignent à l'arrêt les exposés de leur opinion individuelle; M^me^ la juge *ad hoc* CHARLESWORTH joint à l'arrêt l'exposé de son opinion individuelle.

(Paraphé) P.T.
(Paraphé) Ph.C.

DISSENTING OPINION OF JUDGE OWADA

1. To my greatest regret, I cannot associate myself with the present Judgment in terms of the conclusions stated in paragraphs 2, 3, 5 and 7 of its operative part, as well as the reasoning stated in the reasoning part. My disagreement lies with the understanding of the Judgment on the basic character of the International Convention for the Regulation of Whaling (hereinafter "the Convention"), with the methodology the Judgment employs for interpreting and applying the provisions of the Convention, and thus with a number of conclusions that it reaches.

2. In this opinion, I shall try to deal with some of the salient aspects of these points of disagreement. In view of the fundamental disagreement on some basic points, I shall be setting out my understanding on these points to clarify the differences that I have with the Judgment, rather than focusing on each and every concrete point on which I disagree.

I. Jurisdiction of the Court

3. With regard to jurisdiction, while I maintain certain reservations on some aspects of the reasoning of the Judgment, I am not going to discuss this issue in this opinion, inasmuch as I have concurred with the conclusion of the Judgment that the Court has jurisdiction in this case. I wish, however, to place on record my reservation that under the somewhat unfortunate procedural circumstances, the Parties were not provided in the proceedings with ample opportunities to develop their respective arguments on the issue of jurisdiction, with the result that I could not but come to the conclusion that the Respondent has not succeeded in establishing that the Court lacks the jurisdiction to hear the present case under the Optional Clause declarations of the two Parties.

II. The Object and Purpose of the Convention

4. It is my view that this case has come to present controversies on which the opinions of Judges have come to be divided, mainly due to the difference between the Parties on the perceived evolution in the situation surrounding whales and whaling that has come to emerge during the period between the time when the Convention was concluded and the present. A discrepancy in perception has come to develop between two opposing views. It is argued on the one hand that there has been an evolution in the economic-social vista of the world surrounding whales and whaling over the years since 1946, and

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE OWADA

[Traduction]

1. A mon plus grand regret, je ne puis m'associer au présent arrêt en ce qui concerne les conclusions exposées aux points 2, 3, 5 et 7 du dispositif et le raisonnement correspondant. Mon désaccord porte sur l'interprétation de la nature fondamentale de la convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine (ci-après «la convention») qu'y développe la Cour, sur la méthode qu'elle emploie pour en interpréter et en appliquer les dispositions et, par voie de conséquence, sur plusieurs des conclusions auxquelles elle parvient.

2. Dans la présente opinion, je m'attacherai à expliquer ces points de divergence dans leurs grandes lignes. Comme je suis en désaccord fondamental avec la majorité sur certaines questions de fond, j'exposerai l'interprétation que j'en fais en vue d'expliciter les raisons qui m'amènent à me dissocier de l'arrêt, sans m'attarder sur chacun des aspects précis qui me posent problème.

I. Compétence de la Cour

3. En ce qui concerne la compétence, si je maintiens certaines réserves à l'égard de l'un ou l'autre aspect du raisonnement suivi dans l'arrêt, je m'abstiendrai de les développer ici, dans la mesure où je fais mienne la conclusion de la Cour affirmant sa compétence en l'affaire. Je déplore néanmoins, et tiens à le faire savoir, que, en raison de circonstances procédurales pour le moins malheureuses, les Parties n'aient pas, en la présente instance, eu tout le loisir de développer leurs arguments respectifs sur la question de la compétence, de sorte que je n'ai pu faire autrement que de conclure que le défendeur n'était pas parvenu à démontrer que la Cour était incompétente pour connaître de la présente affaire au titre des déclarations faites par les deux Parties en vertu de la clause facultative.

II. Objet et but de la convention

4. Selon moi, les points de controverse que présente cette affaire et qui en sont venus à diviser la Cour tiennent essentiellement aux divergences entre les Parties quant aux changements intéressant les baleines et la chasse à la baleine qui se seraient produits depuis l'adoption de la convention. A cet égard, deux points de vue s'opposent. Le premier consiste à soutenir que la perception socio-économique, au sein de la communauté internationale, de la question des baleines et de la chasse à la baleine a évolué depuis 1946 et que cet élément doit être pris en compte dans

that this is to be reflected in the interpretation and the application of the Convention. It is argued, on the other hand, that the juridico-institutional basis of the Convention has not changed since it was drafted, based as it was on the well-established principles of international law relating to the conservation and management of fishing resources, including whales, and that this basic character of the Convention should essentially be maintained. This to my mind is the fundamental divide that separates the legal positions of the Applicant, Australia, and New Zealand as an intervener under Article 63 of the Statute, and that of the Respondent, Japan.

5. In order to have a proper understanding of the dispute, therefore, one has to look to the essential characteristics of the legal régime created under the Convention, in light of its object and purpose.

6. The history of modern whaling dates back to the nineteenth century, when many nations of the world, including in particular the United States and Great Britain, were actively participating in catching and killing whales in the oceans, primarily for their oil which was indispensable in those days for civilized urban people who depended upon oil extracted from whales for their lighting. In the days when natural resources of the sea, especially fishing resources, were thought to be inexhaustible, rampant taking and slaughtering of whales went unchecked all over the world, motivated primarily by the desire for economic gains. Concern about overfishing led whaling nations of the world to conclude the International Agreement for the Regulation of Whaling of 1937, in order to regulate whaling and avoid the depletion of whale stocks. This agreement, however, turned out to be less than effective, lacking a strong regulatory régime on whaling, except for a system basically of monitoring whale catches. It was against such a state of affairs that the Convention of 1946 came to be concluded in order to improve this devastating situation which came to threaten the sustainability of whale stocks and thus the viability of the whaling industry. The basic objective to be attained in concluding this Convention was "to develop a sound conservation program which [will] maintain an adequate and healthy breeding stock" (Chair Mr. Kellogg, International Whaling Conference, Minutes of the Second Session, 1946, p. 13, para. 137), by calling for a halt to further overfishing of certain whale stocks that were being depleted.

7. The object and purpose of the Convention is to be understood in the context of this situation. It is clearly enunciated in its Preamble. The objectives of the Convention are listed in its Preamble in the following words:

> "The [Contracting] Governments
>
> . . . . . .
>
> Considering that the history of whaling has seen overfishing of one area after another and of one species of whale after another to such a degree that it is essential to protect all species of whales from further overfishing;

l'interprétation et l'application de la convention. Le second consiste à affirmer que le cadre juridico-institutionnel fixé par celle-ci n'a pas changé depuis cette même date, cet instrument se fondant sur des principes bien établis de droit international relatifs à la conservation et à la gestion des ressources halieutiques, y compris baleinières, et que cette nature fondamentale de la convention doit pour l'essentiel être préservée. Tel est, selon moi, le clivage juridique fondamental qui sépare la position juridique du demandeur, l'Australie, et de la Nouvelle-Zélande, Etat intervenant au titre de l'article 63 du Statut, de celle du Japon, Etat défendeur.

5. Pour bien comprendre le différend, il convient donc d'analyser les caractéristiques essentielles du régime juridique établi par la convention, à la lumière de son objet et de son but.

6. L'histoire de la chasse à la baleine moderne remonte au XIX[e] siècle: nombre de nations du monde entier, et, en particulier, les Etats-Unis et la Grande-Bretagne, participaient alors activement à la capture et à la mise à mort de baleines, prisées essentiellement pour leur huile, indispensable au mode de vie urbain civilisé, et notamment à l'éclairage des particuliers. A une époque où les ressources naturelles des océans, et en particulier les ressources halieutiques, étaient tenues pour inépuisables, les baleiniers se livraient partout à cette chasse de manière effrénée, essentiellement poussés par l'appât du gain. Les préoccupations suscitées par cette exploitation excessive conduisirent les nations baleinières à conclure l'accord international pour la réglementation de la chasse à la baleine de 1937, afin de réglementer cette pratique et d'éviter l'épuisement des stocks de baleines. Cet accord devait toutefois se révéler pour le moins inefficace car, s'il prévoyait un mécanisme consistant essentiellement à surveiller les prises, il n'établissait pas de régime rigoureux de réglementation de la chasse. C'est dans ce contexte que fut adoptée la convention de 1946, en vue de remédier à une situation désastreuse qui en était venue à compromettre la capacité de renouvellement des stocks de baleines et, partant, la pérennité de l'industrie baleinière. L'objectif essentiel était «d'élaborer un programme fiable de conservation qui permettra[it] de préserver un stock reproducteur suffisant et sain» (M. Kellogg, président de la conférence internationale sur la chasse à la baleine (IWC), procès-verbal de la 2[e] séance, IWC, 1946, p. 13, par. 137), en appelant à ce que cesse l'exploitation excessive de certains stocks de baleines déclinants.

7. C'est donc dans ce contexte que doivent être appréhendés l'objet et le but de la convention. Le préambule en fait clairement état, qui expose ainsi les objectifs de cet instrument:

> «Les gouvernements [contractants]
>
> . . . . . .
>
> Considérant que, depuis son début, la chasse à la baleine a donné lieu à l'exploitation excessive d'une zone après l'autre et à la destruction immodérée d'une espèce après l'autre, au point où il est essentiel de protéger toutes les espèces de baleines contre la poursuite d'une [telle] exploitation;

Recognizing that the whale stocks are susceptible of natural increases if whaling is properly regulated, and that increases in the size of whale stocks will permit increases in the number of whales which may be captured without endangering these natural resources;

Recognizing that it is in the common interest to achieve the optimum level of whale stocks as rapidly as possible without causing widespread economic and nutritional distress;

. . . . . .

Desiring to establish a system of international regulation for the whale fisheries to ensure proper and effective conservation and development;

. . . . . .

Have agreed as follows: . . ." (Preamble, paras. 3, 4, 5, 7.)

8. In explaining the purpose and objectives of the Convention, the Chair of the Conference, Mr. Kellogg, stated as follows:

"The Preamble, as is customary, explains the purpose and the objectives of the Convention . . . The Preamble also points out specifically and primarily that the purpose of this Convention is to develop a sound conservation programme which will maintain an adequate and healthy breeding stock. By restoring depleted stocks, as, for instance, the blue whale and the humpbacked whale, and by wise management of the existing stocks a maximum sustained yield of this natural resource can be assured. That, in a few words, is the general intent of the Preamble." (Minutes of the Second Session, IWC, 1946, p. 13, para. 137.)

9. It is clear from this that the object and purpose of the Convention is to pursue the goal of achieving the twin purposes of the sustainability of the maximum sustainable yield ("MSY") of the stocks in question and the viability of the whaling industry. Nowhere in this Convention is to be found the idea of a total permanent ban on the catch of whales. That this was not the intention of the 1982 proposal for a moratorium can be confirmed by the Verbatim Record of the International Whaling Commission which voted for the Moratorium (IWC 34th Annual Meeting, 19-24 July 1982, pp. 72-86). In introducing this proposal, the Chairman of the Technical Committee stated:

"[The sponsor of the proposal] regards the whales as a trust for the future and has looked for rational management, but this has been difficult to attain. There is scientific uncertainty and lack of data, some of which are not fully available. Recognizing the disruption to the whaling industry and the communities involved it proposed a

Reconnaissant qu'une réglementation appropriée de la chasse à la baleine serait de nature à assurer un accroissement naturel des stocks de baleines, ce qui permettrait d'augmenter le nombre de baleines pouvant être capturées sans compromettre ces ressources naturelles;

Reconnaissant qu'il est dans l'intérêt commun de faire en sorte que les stocks de baleines atteignent leur niveau optimal aussi rapidement que possible, sans provoquer une pénurie plus ou moins généralisée sur les plans économique et alimentaire;

. . . . . .

Désirant instituer un système de réglementation internationale de la chasse à la baleine qui soit de nature à assurer d'une manière appropriée et efficace la conservation et l'accroissement [des stocks de baleines];

. . . . . .

Sont convenus des dispositions suivantes: ...» (Préambule, par. 3, 4, 5, 7.)

8. A propos de l'objet et des buts de la convention, M. Kellogg, président de la conférence, s'exprima en ces termes:

«Le préambule, comme il est d'usage, expose la finalité et les objectifs de la convention ... Par ailleurs, il souligne expressément et avant tout que cette convention a pour objet d'élaborer un programme fiable de conservation qui permettra de préserver un stock reproducteur suffisant et sain. Grâce à la reconstitution des peuplements déclinants, tels que, notamment, les baleines bleues et les baleines à bosse, et à une gestion avisée des populations existantes, un rendement maximal de renouvellement pourra être assuré. Voilà, en quelques mots, l'intention générale du préambule.» (Procès-verbal de la 2e séance, IWC, 1946, p. 13, par. 137.)

9. Il en ressort clairement que, pour ce qui est de son objet et de son but, la convention poursuit une double finalité, consistant à la fois à assurer à long terme le rendement maximal de renouvellement (RMR) des stocks en question et à garantir la pérennité de l'industrie baleinière. Nulle part dans la convention il n'est fait allusion à une interdiction totale et définitive de la chasse à la baleine. Le procès-verbal de la réunion de la commission baleinière internationale (CBI), à l'issue de laquelle fut adopté ce moratoire, vient confirmer que telle n'était pas l'intention des auteurs de la proposition de moratoire avancée en 1982 (CBI, 34e réunion annuelle, 19-24 juillet 1982, p. 72-86). Voici en effet ce qu'a déclaré, en l'introduisant, le président du comité technique:

«[L'auteur de la proposition], voyant dans les baleines une ressource d'avenir, a cherché à mettre au point un mode de gestion rationnel, objectif difficile à atteindre. D'un point de vue scientifique, certaines incertitudes demeurent, et les données ne sont pas toujours pleinement disponibles. Eu égard aux problèmes occasionnés pour

phasing out over a fixed period of time during which there would be a diminution of whaling and catches based on scientific advice. This took the form of a new clause to paragraph 10 of the Schedule which has the effect of introducing a three-year period for the industry to accommodate, noting that block quotas will end in 1985." (Verbatim Record, IWC 34th Annual Meeting, 19-24 July 1982, p. 72.)

10. The concept of "conservation of fisheries resources" contains the element of "maximum/optimum sustainable yield" as its integral part as employed in the Convention. This is in line with the accepted approach to high-sea fisheries in general, which is well-established in the contemporary international law on fisheries. For example, the 1958 Geneva Convention on Fishing and Conservation of the Living Resources of the High Seas defines the term "conservation of the living resources of the high seas" as "the aggregate of the measures rendering possible the *optimum sustainable yield* from those resources *so as to secure a maximum supply of food and other marine products*" (Art. 2; emphasis added).

11. It is therefore of cardinal importance that the Court understands this object and purpose of the Convention in its proper perspective, which defines the essential characteristics of the régime established under the Convention. In this sense, the proper grasp of the essential characteristics of the régime created by the Convention should be the starting-point that constitutes the key to the proper understanding of the precise nature and structure of the regulatory régime contained in the concrete provisions of the Convention, and the legal scope of the rights and obligations prescribed for a contracting State engaging in scientific activities under Article VIII as its central element.

12. In other words, the present Judgment has failed in my view to engage in analysing the essential characteristics of the régime of the Convention. The Judgment in its subsection on "General Overview of the Convention" (paras. 42-50), does no more than reproduce what is contained in the provisions of the Convention, without trying to analyse the raison d'être of the Convention as reflected in its Preamble, except for the laconic statement that "[t]he functions conferred on the Commission have made the Convention *an evolving instrument*" (Judgment, para. 45; emphasis added). It does not specify what this implies. Any international agreement can be evolving inasmuch as it is susceptible to modification by the agreement of the parties. The fact that the Commission is given the power to adopt amendments to the Schedule as an integral part of the Convention, which can become binding upon those States parties which do not raise an objection, and that the Commission has amended the Schedule many times in this sense would not support the thesis that the Convention is an "evolving instrument" as such. The Convention is not malleable as such in the legal sense, according to the changes in the surrounding socio-economic environments.

l'industrie baleinière et les parties prenantes, il a proposé de ramener progressivement les prises à zéro, sur une période donnée, en diminuant la classe et le nombre de captures sur la base d'avis scientifiques. Cela s'est traduit par l'ajout d'une nouvelle clause au paragraphe 10 du règlement, ayant pour effet de ménager une période de trois ans devant permettre à l'industrie de s'ajuster; il y est précisé que le système de quotas totaux prendra fin en 1985.» (Procès-verbal de la 34e séance, IWC, 19-24 juillet 1982, p. 72.)

10. La notion de «rendement maximal/optimal de renouvellement» telle qu'employée dans la convention fait partie intégrante de l'objectif de «conservation des ressources halieutiques», ce qui, du reste, est conforme à l'approche admise en matière de pêche hauturière en général, bien établie dans le droit international contemporain en matière de pêche. Ainsi, en 1958, la convention de Genève sur la pêche et la conservation des ressources biologiques de la haute mer définissait le concept de «conservation des ressources biologiques de la haute mer» comme «l'ensemble des mesures rendant possible le *rendement optimal constant* de ces ressources, *de façon à porter au maximum les disponibilités en produits marins, alimentaires et autres*» (art. 2; les italiques sont de moi).

11. Il est donc essentiel que la Cour interprète l'objet et le but de la convention en les replaçant dans leur juste perspective, c'est-à-dire en tenant compte des caractéristiques essentielles du régime mis en place par la convention. Il importe en premier lieu de bien comprendre ces caractéristiques pour être en mesure de saisir la structure et la nature exactes du régime de réglementation établi par les dispositions concrètes de la convention, ainsi que la portée juridique des droits et obligations incombant aux Etats contractants qui se livrent à des activités scientifiques en vertu de l'article VIII, élément central dans la définition de ce régime.

12. Or, selon moi, la Cour n'a pas dans son arrêt analysé les carectéristiques essentielles de ce dernier. Dans la partie consacrée à la «[p]résentation générale de la convention» (par. 42-50), elle se contente de reproduire le libellé de ses dispositions, sans tenter d'analyser la raison d'être de cet instrument, telle que reflétée dans son préambule. Elle se borne à ce commentaire laconique: «Du fait des fonctions conférées à [la commission baleinière internationale], la convention est un instrument *en constante évolution*» (arrêt, par. 45; les italiques sont de moi), mais ne précise pas les conséquences qu'elle en tire. Or, tout accord international est susceptible d'évoluer dans la mesure où il peut être modifié si les parties s'entendent à cet effet. Que la commission soit habilitée à apporter des modifications au règlement, lequel fait partie intégrante de la convention, modifications qui peuvent, en l'absence d'objection de la part des Etats parties, leur devenir opposables, et que la commission ait ainsi modifié le règlement à maintes reprises, ne prouve pas en soi que la convention soit «en constante évolution» en tant que telle. La convention n'est pas, par nature, un instrument malléable sur le plan juridique, censé évoluer au gré des mutations socio-économiques.

III. The Essential Characteristics of the Regulatory Régime under the Convention

13. For the purpose of understanding the essential characteristics of the régime established under the Convention, the structure of the Convention has to be analysed in somewhat greater detail. It can be summarized roughly as follows:

(1) the Contracting Governments have created an International Whaling Commission (hereinafter "IWC") as its executive organ (Art. III). The IWC can take a decision by a three-fourths majority, if action is required in pursuance of Article V;

(2) under Article V, the IWC may amend the provisions of the Schedule, which forms an integral part of the Convention (Art. I), by adopting regulations with respect to the conservation and utilization of whale resources (Art. V, para. 1), with the conditions that these amendments of the Schedule, *inter alia*, *(a)* shall be such as are necessary to carry out the objectives and purposes of the Convention and to provide for the conservation, development, and optimum utilization of the whale resources; *(b)* shall be based on scientific findings; and *(c)* shall take into consideration the interests of the consumers of whale products and the whaling industry (Art. V, para. 2). Each of such amendments shall become effective with respect to those Contracting Governments which have not presented objection, but shall not be effective with respect to a Government which has so objected until such date as the objection is withdrawn (Art. V, para. 3);

(3) the IWC may also make recommendations to any or all Contracting Governments on any matters which relate to whales or whaling and to the objectives and purposes of the Convention (Art. VI);

(4) notwithstanding anything contained in the Convention, a Contracting Government may grant to any of its nationals a special permit authorizing that national to kill, take and treat whales for purposes of scientific research, subject to such restrictions as to number, and subject to such other conditions as the Contracting Government thinks fit, and the killing, taking and treating of whales in accordance with the provisions of Article VIII shall be exempt from the operation of the Convention (Art. VIII, para. 1).

14. It seems fair to conclude from what has been summarized above that the Convention has created a kind of self-contained regulatory régime on whales and whaling — somewhat comparable to the self-contained system of an intergovernmental international organization with its own administrative autonomy — equipped with its regulatory régime for matters within the purview of its jurisdiction. It goes without saying that such a system providing for the autonomy of the parties, while created

III. Les caractéristiques essentielles du régime de réglementation mis en place par la convention

13. Pour bien comprendre les caractéristiques essentielles du régime établi par la convention, il convient d'analyser plus en détail l'économie générale de cet instrument. Celle-ci peut globalement se résumer comme suit :

1) les gouvernements contractants ont créé une commission baleinière internationale (ci-après la «commission» ou la «CBI») en tant qu'organe exécutif (art. III). La commission peut prendre des décisions à la majorité des trois quarts, si les modifications prévues à l'article V sont nécessaires;
2) aux termes de l'article V, la commission peut modifier les dispositions du règlement qui est annexé à la convention et en fait partie intégrante (art. premier) en adoptant des dispositions au sujet de la conservation et de l'utilisation des ressources baleinières (art. V, par. 1), sous réserve, notamment, que ces modifications du règlement *a)* s'inspirent de la nécessité d'atteindre les objectifs et les buts de la convention et d'assurer la conservation, le développement et l'utilisation optimale des ressources baleinières; *b)* se fondent sur des données scientifiques; et *c)* tiennent compte des intérêts des consommateurs de produits tirés de la baleine et des intérêts de l'industrie baleinière (art. V, par. 2). Chacune de ces modifications entre en vigueur à l'égard de tous les gouvernements contractants qui n'ont pas présenté d'objection, cependant que, à l'égard d'un gouvernement qui en a présenté, elle n'entre en vigueur qu'après le retrait de l'objection (art. V, par. 3);
3) la commission peut également formuler, à l'intention de l'un quelconque ou de tous les gouvernements contractants, des recommandations à propos de questions ayant trait soit aux baleines et à la chasse à la baleine, soit aux objectifs et aux buts de la convention (art. VI);
4) nonobstant toute disposition contraire de la convention, un gouvernement contractant peut accorder à l'un quelconque de ses ressortissants un permis spécial autorisant l'intéressé à tuer, capturer et traiter des baleines en vue de recherches scientifiques sous réserve de restrictions concernant le nombre de ces baleines et de telles autres conditions que le gouvernement en question jugera opportunes, les baleines pouvant, dans ce cas, être tuées, capturées ou traitées conformément aux prévisions de l'article VIII sans qu'il y ait lieu de se conformer aux autres dispositions de la convention (art. VIII, par. 1).

14. Il semble légitime de conclure de ce bref aperçu que, concernant la réglementation de la question des baleines et de la chasse à la baleine, la convention a établi un régime se suffisant à lui-même — assez comparable à celui d'une organisation intergouvernementale internationale dotée de sa propre autonomie administrative et d'un mécanisme de contrôle couvrant les questions relevant de sa compétence. Néanmoins, il va sans dire qu'un tel système laissant leur autonomie aux parties, bien qu'établi

inter se, is not free from the process of judicial review by the Court in accordance with the power given to it for interpreting and applying its constitutional document, namely, the Convention.

15. Within this self-contained regulatory régime, no power of decision-making by a majority is given to the IWC automatically to bind the Contracting Parties, except through a mechanism of consent to be given by each of the Parties as specified in Article V, paragraph 3. In this regulatory régime created by the Parties, no amendments to the Schedule will become effective in relation to the Contracting Party who objects to the amendments in question. Nor can any recommendation adopted by the IWC acquire a binding character in relation to a Contracting Party.

16. Following the 1982 meeting of the IWC, when an amendment proposed by the Seychelles and supported by Australia and several other member States was adopted, amending paragraph 10 of the Schedule to ban commercial whaling of all species beginning in the 1985-1986 season, Japan did eventually exercise this right to raise objection under Article V, which it later withdrew under pressure from the United States. The argument advanced with regard to this situation by the Applicant, and developed further by the Intervener, that the Convention has gone through an evolution during these 60 years in accordance with the change in the environment surrounding whales and whaling, and especially in the growth in the community interest of the world that whales be preserved as precious animals, would seem to be an argument that would be tantamount to an attempt to change the rules of the game as provided for in the Convention and accepted by the Contracting Parties in 1946. (The argument could be qualitatively different, if it were advanced on the ground, based on scientific evidence, that whales were being overfished to severe depletion or even extinction and that therefore precautionary measures would have to be taken to prevent this happening — an argument which would legitimately fall within the ambit of the Convention. It is my understanding, however, that such an argument has not been seriously advanced by the Applicant with supporting credible scientific evidence in the present case.)

17. The Respondent claims that, faced with this new situation of the adoption of a moratorium on whaling for commercial purposes, it became necessary for the Respondent to advance a programme of activities for purposes of scientific research so that scientific evidence could be collected for the consideration of the IWC (or its Scientific Committee), with a view to enabling the IWC to lift or review the moratorium, which professedly was a measure adopted to be of not unlimited duration and subject to future review. The moratorium explicitly provided that the provision setting catch limits at zero "will be kept under review, based upon the best scientific advice, and by 1990 at the latest the Commission will undertake a comprehensive assessment of the effects of this decision on whale stocks and consider modification of this provision and the

inter se, ne peut échapper au contrôle judiciaire de la Cour, au vu du pouvoir conféré à celle-ci d'interpréter et d'appliquer la convention portant création de ce système.

15. Dans le cadre de ce régime autonome, la commission n'a pas le pouvoir de prendre à la majorité des décisions qui puissent s'imposer automatiquement aux parties contractantes, si ce n'est en vertu d'une forme de consentement telle que spécifiée au paragraphe 3 de l'article V. Toujours dans le cadre de ce régime de réglementation créé par les parties, aucune modification du règlement n'entre en vigueur à l'égard d'une partie contractante si celle-ci y a formulé une objection, aucune recommandation adoptée par la commission ne pouvant par ailleurs acquérir force contraignante à l'égard d'une partie contractante.

16. A la suite de la réunion tenue en 1982 par la CBI, marquée par l'adoption d'une modification du paragraphe 10 du règlement proposée par les Seychelles et appuyée, entre autres Etats membres, par l'Australie, dont l'effet était d'interdire la chasse commerciale de toutes les espèces à compter de la saison de chasse 1985-1986, le Japon a bien exercé son droit d'objection prévu à l'article V, avant de retirer son objection sous la pression des Etats-Unis. Accepter l'argument avancé par le demandeur et développé plus avant par l'Etat intervenant, faisant valoir l'évolution qu'aurait connue la convention au cours de ces soixante dernières années à mesure que se modifiait la perception de la question des baleines et de la chasse à la baleine, et que se renforçait, au sein de la communauté, le sentiment de la nécessité d'assurer la préservation des baleines en tant qu'espèces revêtant une valeur particulière, reviendrait semble-t-il à changer la règle du jeu fixée par la convention et acceptée par les parties contractantes en 1946. (L'argument serait qualitativement différent, s'il s'agissait de montrer, sur la base de données scientifiques, qu'une exploitation excessive serait en train de mener à un épuisement des stocks de baleines lourd de conséquences, voire à l'extinction d'espèces données, et que, pour cette raison, des mesures préventives s'imposeraient à titre de précaution — un argument qui relèverait à bon droit du champ de la convention. Toutefois, il me semble qu'aucun argument de cette nature n'a sérieusement été plaidé par le demandeur, preuve scientifique crédible à l'appui, en la présente espèce.)

17. Le défendeur soutient que, face à la situation créée par l'adoption d'un moratoire sur la chasse à la baleine à des fins commerciales, il s'est vu contraint de présenter un programme d'activités menées à des fins de recherche scientifique pour pouvoir recueillir et soumettre à l'examen de la commission (ou de son comité scientifique) des données scientifiques destinées à permettre à cette dernière de lever ou de reconsidérer le moratoire qui, théoriquement, était une mesure temporaire et sujette à réexamen. En effet, il avait expressément été précisé que la disposition fixant à zéro le nombre maximal de captures «sera[it] régulièrement soumise à un examen fondé sur les meilleurs avis scientifiques et [que], d'ici 1990 au plus tard, la commission procédera[it] à une évaluation exhaustive des effets de cette mesure sur les populations de baleines et envisagera[it] le

establishment of other catch limits" (Schedule, para. 10 *(e)*). It would seem difficult to see anything wrong in the Respondent's course of action.

18. Setting aside passing judgment on this argument of the Respondent, it is to be noted that the Convention prescribes that

(1) "[the] amendments of the Schedule . . . shall be such as are necessary to carry out the objectives and purposes of [the] Convention and to provide for the conservation, development, and optimum utilization of the whale resources; [and] shall be based on scientific findings [and]

(2) any Contracting Government may grant to any of its nationals a special permit authorizing that national to kill, take and treat whales for purposes of scientific research" (Art. V, para. 2, and Art. VIII, para. 1).

In this sense what the Respondent embarked upon under JARPA and JARPA II is prima facie to be regarded as being in conformity with the Convention and the revised Schedule, including its subparagraph 10 *(e)*.

Thus the whole question of the legality of the whaling activities of Japan under JARPA, and JARPA II as its continuation, has come to hinge upon the question of whether these activities of the Respondent could fall under the activities "for purposes of scientific research" within the meaning of Article VIII of the Convention.

IV. The Interpretation of Article VIII

19. The essential character of the Convention as examined above lies in the fact that the Contracting Parties have created a self-contained regulatory régime for the regulation of whales and whaling. The prescription contained in Article VIII of the Convention in my view is one important component of this regulatory régime. It would be wrong in this sense to characterize the power recognized to a Contracting Party to grant to its nationals special permits "to kill, take and treat whales for purposes of scientific research" (Convention, Art. VIII, para. 1) as nothing else than an exception to the regulatory régime established by the Convention — namely as an exception recognized in deference to the traditional notion of sovereign right to engage in hunting whales under the freedom of high-sea fisheries. The Contracting Party which is granted this prerogative under Article VIII is in effect carrying out an important function within this regulatory régime by collecting scientific materials and data required for the promotion of the objectives and purposes of the Convention, such as the New Management Procedure ("NMP") or the Revised Management Procedure ("RMP") discussed in the IWC for the proper management of the whaling stocks. It is for this reason that the Contracting Party in question, endowed under the Convention with the discretion

cas échéant de modifier cette disposition pour fixer d'autres limites de capture» (règlement, par. 10 *e)*). Il semble dès lors difficile de trouver à redire à la démarche adoptée par le défendeur.

18. Indépendamment de ce que l'on peut penser de cet argument du défendeur, il convient de relever que la convention dispose que

1) «[l]es modifications [du règlement] ... devront s'inspirer de la nécessité d'atteindre les objectifs et les buts de la convention et d'assurer la conservation, le développement et l'utilisation optimale des ressources baleinières»; [et] «se fonder sur des données scientifiques [et]
2) «chaque gouvernement contractant pourra accorder à l'un quelconque de ses ressortissants un permis spécial autorisant l'intéressé à tuer, capturer et traiter des baleines en vue de recherches scientifiques» (art. V, par. 2, et art. VIII, par. 1).

En ce sens, les activités entreprises par le défendeur dans le cadre de JARPA et de JARPA II doivent à première vue être considérées comme conformes à la convention et à son règlement revisé, y compris son paragraphe 10 *e)*.

Toute la question de la licéité des activités de chasse à la baleine menées par le Japon au titre de JARPA, puis de JARPA II, se résume donc à savoir si les activités entreprises par le défendeur entrent ou non dans la catégorie des activités menées «en vue de recherches scientifiques» au sens de l'article VIII de la convention.

IV. Interprétation de l'article VIII

19. La convention a ceci de fondamental, ainsi qu'il a déjà été indiqué, que les parties contractantes ont créé un régime qui se suffit à lui-même pour réglementer la question des baleines et de la chasse à la baleine. La clause figurant à l'article VIII de la convention est, à mon avis, un élément important de ce régime de réglementation. En ce sens, il serait erroné de qualifier de simple exception à celui-ci — plus exactement d'exception reconnue eu égard à la notion traditionnelle de droit souverain de se livrer à la chasse à la baleine en vertu de la liberté de pêcher en haute mer — le pouvoir conféré à une partie contractante d'accorder des permis spéciaux à ses ressortissants pour «tuer, capturer et traiter des baleines en vue de recherches scientifiques» (convention, art. VIII, par. 1). La partie contractante jouissant d'une telle prérogative aux termes de l'article VIII a en fait un rôle important à jouer dans le cadre de ce régime, en tant qu'elle recueille des éléments et des données scientifiques susceptibles de contribuer à la réalisation des objectifs et des buts de la convention, dont la nouvelle procédure de gestion (New Management Procedure ou «NMP») ou la procédure de gestion revisée (Revised Management Procedure ou «RMP») envisagées au sein de la CBI aux fins d'assurer une gestion méthodique des stocks de baleines. C'est pourquoi l'Etat en question,

to determine what types of scientific research it intends to conduct and how the research should be implemented, will be subjected to the subsequent process of review and critical comment by its executive organ, the IWC, and more specifically, its scientific subdivision, the Scientific Committee. These are the organs entrusted in this regulatory régime with the task of conducting the process of review and critical comment on these activities, from the viewpoint of achieving the object and purpose of the Convention on the basis of scientific assessment. It is to be noted that there is no provision, either in this Article or in any other part of the Convention, that empowers the IWC or the Scientific Committee legally to restrict the exercise of this prerogative of a Contracting Party to grant special permits in any specific way, except that the granting of special permits has to be "for purposes of scientific research subject to such restrictions as to number and subject to such other conditions as the Contracting Government thinks fit" (Convention, Art. VIII, para. 1). In other words, under this regulatory régime of the Convention the power to determine such questions as what should be the components of the scientific research, or how the scientific research should be designed and implemented in a given situation, is primarily left to the discretionary decision of the granting Government. The Contracting Government is obligated to exercise this discretionary power only for purposes of scientific research in good faith and to be eventually accountable for its activities of scientific research before the executive organs of the Convention, the IWC and the Scientific Committee. These organs have the responsibility to ensure that this will be the case by reviewing and raising critical comments from a scientific point of view.

20. As I stated earlier, this does not mean that the Court, as the judicial institution entrusted with the task of interpreting and applying the provisions of the Convention, has no role to play in this whole process, while paying full respect to the internal autonomy of the Convention. The function of the Court as a court of law gives it the power to interpret and apply the provisions of the Convention from a legal point of view. Given the nature and the specific characteristics of the regulatory framework created by the Convention, however, this power of the Court has to be exercised with a certain degree of restraint, to the extent that what is involved is *(a)* related to the application of the regulatory framework of the Convention, and *(b)* concerned with the techno-scientific task of assessing the merits of scientific research assigned by the Convention to the Scientific Committee.

21. On the first aspect of the problem relating to the application of the regulatory framework of the Convention (*(a)* above, paragraph 20 of this opinion), good faith on the part of the Contracting State, acting as an agent within the framework of this regulatory régime, has necessarily to be presumed. The function of the Court in this respect is to see to it that the State in question is pursuing its activities in good faith and in accor-

auquel la convention confère le pouvoir discrétionnaire de décider du type de recherches scientifiques qu'il entend mener à bien et des modalités de cette recherche, sera ensuite soumis au contrôle de son organe exécutif, la CBI et, plus particulièrement de son émanation scientifique, le comité scientifique qui formuleront un avis critique. Tels sont les organes auxquels il revient, dans le cadre de ce régime de réglementation, de mener à bien le processus d'examen et d'analyse critique de ces activités, en vue de réaliser l'objet et le but de la convention sur la base d'une évaluation scientifique. Relevons que ne figure, ni à l'article VIII ni ailleurs dans la convention, aucune disposition qui permette à la CBI ou à son comité scientifique de restreindre concrètement, sur le plan juridique, l'exercice de cette prérogative qu'a la partie contractante d'accorder des permis spéciaux, sauf que les permis spéciaux ne peuvent être accordés qu'«en vue de recherches scientifiques» et qu'ils sont subordonnés «aux restrictions en ce qui concerne le nombre et à telles autres conditions que le gouvernement contractant jug[e] opportunes» (convention, art. VIII, par. 1). En d'autres termes, en vertu du régime de réglementation établi par la convention, la décision de savoir en quoi doivent consister les composantes d'une recherche scientifique ou comment cette recherche doit être conçue et mise en œuvre dans une situation donnée relève, au premier chef, du pouvoir discrétionnaire du gouvernement qui délivre le permis. Le gouvernement contractant a l'obligation d'exercer ce pouvoir de bonne foi, uniquement aux fins de la recherche scientifique, et d'accepter de rendre ensuite compte de ses activités de recherche scientifique devant les organes exécutifs de la convention, à savoir la commission et le comité scientifique. Ces derniers ont la responsabilité, en procédant à un examen et en formulant des avis critiques d'un point de vue scientifique de s'assurer que l'Etat concerné s'acquitte bien de son obligation.

20. Comme je l'ai déjà indiqué, cela ne signifie pas que la Cour, en sa qualité d'institution judiciaire chargée d'interpréter et d'appliquer les dispositions de la convention, et tout en ayant dûment égard à l'autonomie interne de la convention, n'a aucun rôle à jouer d'un bout à l'autre de ce processus. De par sa fonction d'instance judiciaire, la Cour a le pouvoir d'interpréter et d'appliquer les dispositions de la convention d'un point de vue juridique. Cependant, compte tenu de la nature et des caractéristiques propres au cadre réglementaire créé par la convention, force lui est d'exercer ce pouvoir avec circonspection, dans la mesure où sont en jeu: *a)* l'application de ce cadre réglementaire; et *b)* la tâche de nature technico-scientifique assignée par la convention au comité scientifique, consistant à évaluer le bien-fondé de la recherche scientifique.

21. S'agissant du premier aspect du problème, relatif à l'application du cadre réglementaire créé par la convention (point *a)*, par. 20, ci-dessus), la bonne foi de l'Etat contractant, qui est partie prenante à ce régime, doit nécessairement être présumée. La fonction de la Cour consiste à cet égard à s'assurer que l'Etat en question poursuit ses activités en toute bonne foi et, conformément aux exigences du régime de régle-

dance with the requirements of the regulatory régime for the purposes of scientific research that is conducive to scientific outcomes which would help promote the object and purpose of the Convention. The concrete modalities of the activities for scientific research to be conducted by the State, including the programme's design and implementation, however, should by its nature not be the proper subject of review by the Court. Article VIII expressly grants to the Contracting Government the primary power to decide on this, by providing that

> "[n]otwithstanding anything contained in this Convention any Contracting Government may grant . . . a special permit . . . subject to such restrictions as to number and subject to such other conditions as the Contracting Government thinks fit" (Convention, Art. VIII, para. 1).

It clearly grants the State in question the power prima facie to determine concrete modalities of research activities to be undertaken under Article VIII, although under this regulatory régime, these modalities, to be determined by the State in question, would be subjected to assessment by the IWC and the Scientific Committee through the review process.

22. Allegations made by the Applicant that the activities were designed and implemented for purposes other than scientific research under the cover of scientific research thus cannot be presumed, and will have to be established by hard conclusive evidence that could point to the existence of bad faith attributable to the State in question. Such serious charges of bad faith, either explicit or implicit, against a sovereign State can never be presumed and should not be accepted by this Court unless the Applicant can establish them by conclusive and indisputable evidence. This is an established principle of international law (see, e.g., *Lac Lanoux Arbitration (France v. Spain), Reports of International Arbitral Awards (RIAA)*, Vol. XII, p. 281). Ulterior motives harboured by some individuals involved in the action, whatever their position may be, if any, should not be treated as relevant in principle, unless it is established by convincing evidence that such motives played the decisive role in formulating and embarking on the programme, constituting the real legal source *(fons et origo)* of the activities undertaken.

23. On the second aspect of the problem relating to the determination of what constitutes activities "for purposes of scientific research" (point *(b)* above, paragraph 20 of this opinion), I do not agree with the approach pursued by the Judgment to distinguish between "scientific research" as such and "[activities] for purposes of scientific research" (Judgment, paras. 70-71). It is true that the Judgment, after spending so many paragraphs (*ibid.*, paras. 73-86) attempting to define what constitutes "scientific research", seems to have abandoned this effort in the end, rejecting

mentation, qu'il le fait dans le cadre de recherches scientifiques devant permettre d'obtenir des résultats susceptibles de contribuer à la réalisation de l'objet et du but de la convention. En revanche, les modalités concrètes des activités de recherche scientifique que mènera l'Etat en question, et notamment la conception et les modalités d'exécution du programme, constituent par nature des questions qui ne sont pas de son ressort. L'article VIII reconnaît expressément que c'est au gouvernement contractant qu'il incombe au premier chef d'en décider, en tant qu'il dispose que,

> «[n]onobstant toute disposition contraire de la ... convention, chaque gouvernement contractant pourra accorder ... un permis spécial ... subordonn[ant] cette autorisation aux restrictions en ce qui concerne le nombre et à telles autres conditions que le gouvernement contractant jugera opportunes» (convention, art. VIII, par. 1).

Il accorde ainsi clairement à l'Etat en question le pouvoir, *prima facie*, de déterminer les modalités concrètes des activités de recherche qu'il s'agit d'entreprendre au titre de l'article VIII, même si, en vertu de ce régime de réglementation, les modalités ainsi fixées par l'Etat en question seront soumises à une évaluation de la CBI et de son comité scientifique dans le cadre du processus d'examen.

22. Les allégations du demandeur selon lesquelles les activités de chasse en cause ont été conçues et mises en œuvre sous couvert de recherche scientifique, mais à des fins autres, ne peuvent donc pas être retenues sur la base de simples présomptions, mais demandent à être établies par de solides éléments de preuve ne laissant aucun doute sur le fait que l'Etat en question a agi de mauvaise foi. Le bien-fondé d'accusations d'une telle gravité, explicitement ou implicitement portées à l'encontre d'un Etat souverain, ne peut jamais se présumer, et ne saurait être admis par la Cour à moins d'avoir pu être établi par le demandeur sur la base d'éléments de preuve déterminants et incontestables. Il s'agit là d'un principe établi en droit international (voir, par exemple, l'affaire du *Lac Lanoux (France c. Espagne)*, *Recueil des sentences arbitrales (RSA)*, vol. XII, p. 281). Les visées subsidiaires de telle ou telle partie prenante, quelle que puisse être sa position, ne doivent pas, en principe, être considérées comme pertinentes, à moins que des éléments de preuve ne permettent d'établir avec certitude qu'elles ont joué un rôle décisif dans la conception et le lancement des programmes, et constituent la véritable source juridique *(fons et origo)* des activités entreprises.

23. S'agissant du second aspect du problème, relatif à la question de savoir ce que recouvrent des activités menées «en vue de recherches scientifiques» (point *b)*, par. 20, ci-dessus), je ne souscris pas à la logique suivie par la Cour dans son arrêt, qui distingue la «recherche scientifique» en tant que telle des activités menées «en vue de recherches scientifiques» (arrêt, par. 70-71). Certes, après avoir longuement cherché (*ibid.*, par. 73-86) à définir ce qui constitue la «recherche scientifique», la Cour semble avoir fini par renoncer, rejetant les critères avancés par le demandeur sur la

the criteria advanced by the Applicant on the basis of its expert's testimony. The Judgment nevertheless seems to dwell upon this distinction between "scientific research" and activities "for purposes of scientific research" with a view to establishing that an activity that may contain elements of "scientific research" cannot always be accepted as an activity "for purposes of scientific research". To me such a distinction is so artificial that it loses any sense of reality when applied to a concrete situation. The Court should focus purely and simply on the issue of the scope of what constitutes activities "for purposes of scientific research" according to the plain and ordinary meaning of the phrase.

24. On the question of what constitutes activities "for purposes of scientific research", it must first of all be said in all frankness that this Court, as a court of law, is not professionally qualified to give a scientifically meaningful answer, and should not try to pretend that it can, even though there may be certain elements in the concept that the Court may legitimately and usefully offer as salient from the viewpoint of legal analysis.

25. What is "scientific research" is a question on which qualified scientists often have a divergence of opinion and are not able to come to a consensus view. The four criteria advanced by one of the experts who testified before the Court and relied upon by the Applicant have not been accepted by the present Judgment as a useful framework to determine whether the activities of the Respondent in JARPA/JARPA II are for purposes of scientific research. Nonetheless the Judgment, in applying the test of objective reasonableness as its standard of review, *does* get into the "scientific assessment" of the Court itself on various substantive aspects of JARPA/JARPA II activities, in order to come to its final conclusion that these activities under the programme of JARPA II, especially focusing on the issue of the lethal taking of whales, cannot qualify as activities conducted "for purposes of scientific research", because they cannot be regarded as objectively reasonable according to the scientific assessment of the Court on its own. As the Judgment itself makes clear, the Judgment engages in a substantive assessment of its own on these activities in the name of objectively examining their "reasonableness". The question which immediately arises, however, is "in what context is this reasonableness to be judged?" Is it the legal context or is it the scientific context that the Court claims to be engaged in? If we are speaking of the legal context, the answer is clear. We have the answer in the Convention itself. The Convention leaves this point, at any rate at the level of the law, primarily to the good faith appreciation of the party which undertakes the research in question. If we are speaking of the scientific context, it would be impossible for the Court to establish that certain activities are objectively reasonable or not, from a scientific point of view, without getting into a techno-scientific examination and assessment of the design and implementation of JARPA/JARPA II, a task which this Court could not and should not attempt to do. This is the second reason why the Court should not engage in this exercise. I shall elaborate this point in the following section in connection with the issue of the scope and the standard of review.

base de l'exposé de son expert. Néanmoins, elle semble s'être appesantie sur cette distinction entre «recherche scientifique» et activités menées «en vue de recherches scientifiques» dans le dessein d'établir qu'une activité pouvant contenir des éléments de «recherche scientifique» ne pouvait automatiquement être réputée constituer une activité menée «en vue de recherches scientifiques». Or, pour moi, cette distinction est si artificielle qu'elle ne peut s'appliquer de manière réaliste à une situation concrète. La Cour aurait dû s'en tenir à la seule question de savoir ce que recouvrent des activités menées «en vue de recherches scientifiques», selon le sens naturel et ordinaire de cette expression.

24. Or, quant à cette dernière question, force est d'admettre en toute franchise que la Cour, en tant qu'instance judiciaire, n'est pas professionnellement qualifiée pour y apporter une réponse qui soit scientifiquement pertinente, et ne devrait pas prétendre être en mesure de le faire, bien qu'elle puisse à bon droit et utilement avancer, sur tel ou tel aspect de cette notion, des éléments propres à en faciliter l'analyse juridique.

25. Savoir en quoi consiste la «recherche scientifique» est une question sur laquelle les scientifiques eux-mêmes sont divisés et ne parviennent pas à un consensus. Les quatre critères avancés par l'un des experts ayant déposé devant la Cour et sur lesquels s'est appuyé le demandeur n'ont pas, dans le présent arrêt, été jugés pouvoir constituer l'aune à laquelle devait être tranchée la question de savoir si les activités menées par le défendeur dans le cadre de JARPA/JARPA II l'étaient à des fins de recherche scientifique. Pourtant, lorsqu'elle applique comme critère d'examen la notion de caractère objectivement raisonnable, la Cour se livre *de fait* à une «évaluation scientifique» de plusieurs aspects fondamentaux des activités menées dans le cadre de JARPA/JARPA II, pour conclure en définitive que ces activités ne répondent pas aux critères requis pour être qualifiées d'activités «en vue de recherches scientifiques», car, selon sa propre analyse scientifique, elles ne peuvent être considérées comme objectivement raisonnables. Comme il ressort clairement de l'arrêt, la Cour se livre à sa propre analyse de fond sous couvert de déterminer objectivement si ces activités sont raisonnables. Se pose toutefois alors immédiatement la question suivante: «sous quel angle ce caractère raisonnable doit-il être apprécié?» — est-ce dans une optique juridique ou scientifique que la Cour entend se placer? Dans le premier cas, la situation est claire, et ce, d'après la convention elle-même, qui, en tout état de cause sur le plan juridique, laisse au premier chef à l'Etat partie entreprenant la recherche le soin de procéder à une appréciation de bonne foi. Dans le second, en revanche, la Cour n'est absolument pas en mesure d'établir si telles ou telles activités sont objectivement raisonnables, d'un point de vue scientifique, sauf à se livrer à un examen et à une analyse technico-scientifique de la conception et de la mise en œuvre de JARPA/JARPA II, ce qui n'est pas du tout de son ressort et dont elle doit se garder. Voilà l'autre raison pour laquelle la Cour ne doit pas s'engager dans cette voie. J'y reviendrai dans les sections suivantes, qui seront consacrées à la portée de l'examen et au critère retenu pour s'y livrer.

V. The Scope of Review by the Court

26. According to the structure of the Convention as interpreted in light of its object and purpose, the Contracting Parties expressly recognize the need and the importance of scientific research for the purpose of supporting the "system of international regulation for the whale fisheries to ensure proper and effective conservation and development of whale stocks" (Preamble, para. 7) as established by the Convention, which "provide[s] for the proper conservation of whale stocks and thus make[s] possible the orderly development of the whaling industry" (*ibid.*, para. 8). It is for this reason that the Conference which was convened for the conclusion of the Convention in 1946 stressed the critical importance of scientific research by scientific organizations engaged in research on whales. In this regard, the statement of its Chair, which makes the following points, is highly relevant:

> "it is not our [i.e., the Contracting Parties'] intention or our belief that this commission [IWC] would usurp any of the previous prerogatives . . . of these various scientific organizations that have been engaged in research on whales . . . [W]e are in the main dependent on the factual information and on the work of their staff . . . [T]he Conference should bear in mind the great debt we owe to these research organizations . . ." (Minutes of the Third Session, IWC/20, p. 11, para. 117.)

While Article VIII, paragraph 1, was taken from the language of Article X of the International Agreement for the Regulation of Whaling of 1937, the Chair pointed out that "the two sentences reading, 'each contracting Government shall report to the Commission all such authorizations which it has been *(sic)* granted' are new" and that "[t]he remainder of Article VIII stresses the importance of scientific research and encourages dissemination of the resultant information" (Minutes of the Seventh Session, IWC/32 p. 23, paras. 322-323).

27. It becomes evident from what is quoted above that the intention of the Contracting Parties, in agreeing on the language of Article VIII of the Convention, was to provide for the right of a Contracting Government to grant to its nationals special permits to take whales for purposes of scientific research. This is a prerogative given to the Contracting Government by Article VIII of the Convention, and the Contracting Government may take this action without prior consultations with, or approval of, the IWC or its Scientific Committee. This is amply illustrated by the comments of one of the delegates during the drafting process, who suggested a contrary proposal "to require a contracting government to [issue permits for scientific research] *after* consultation with the commission, and not independently of it" (Minutes of the Third Session, IWC/20, p. 11, para. 115; emphasis added). This proposal was not adopted.

V. La portée de l'examen de la Cour

26. La structure de la convention, telle qu'interprétée à la lumière de son objet et de son but, fait apparaître que les parties contractantes reconnaissent expressément la nécessité et l'importance de la recherche scientifique pour le fonctionnement d'un «système de réglementation internationale de la chasse à la baleine qui soit de nature à assurer d'une manière appropriée et efficace la conservation et l'accroissement des peuplements baleiniers» (préambule, alinéa 7), tel qu'établi par la convention, dont le but est d'«assurer la conservation appropriée des stocks de baleine et ... ainsi [de] donner à l'industrie baleinière la possibilité de se développer d'une manière méthodique» (*ibid.*, alinéa 8). Voilà pourquoi les participants à la conférence qui a donné naissance à la convention de 1946 ont souligné l'importance cruciale de la recherche scientifique réalisée par des organisations scientifiques menant des études sur les cétacés. A cet égard, la déclaration du président de la conférence internationale sur la chasse à la baleine (IWC) est particulièrement pertinente. Elle se lit comme suit:

> «[I]l n'est pas dans notre idée ou notre intention [celles des parties contractantes] que la présente commission [à savoir la CBI] usurpe l'une quelconque des anciennes prérogatives ... des diverses organisations scientifiques qui ont mené des recherches sur les baleines ... Nous sommes pour l'essentiel dépendants des informations factuelles et du travail de leurs équipes ... [N]ous devons garder à l'esprit tout ce que nous devons à ces organisations de recherche.» (Procès-verbal de la 3e séance, IWC/20, p. 11, par. 117.)

Si le paragraphe 1 de l'article VIII reproduisait le libellé de l'article X de l'accord international pour la réglementation de la chasse à la baleine de 1937, le président faisait remarquer que la formule ««chaque gouvernement contractant devra porter à la connaissance de la commission toutes les autorisations de cette nature qu'il aura accordées» [était] nouvelle» et que «la suite de l'article VIII soulign[ait] l'importance de la recherche scientifique et encourag[eait] la diffusion des informations que celle-ci permet[tait] d'obtenir» (procès-verbal de la 7e séance, IWC/32, p. 23, par. 322-323).

27. Cette citation montre bien que, lorsqu'elles se sont accordées sur le libellé de l'article VIII, les parties contractantes entendaient se réserver le droit de délivrer à leurs ressortissants des permis spéciaux autorisant la chasse à la baleine en vue de recherches scientifiques. Il s'agit là d'une prérogative que l'article VIII de la convention confère effectivement aux gouvernements contractants, lesquels peuvent délivrer de tels permis sans devoir au préalable consulter la CBI ou son comité scientifique, ni recueillir leur approbation. C'est ce qu'illustre clairement le rejet d'une contre-proposition avancée pendant le processus rédactionnel par l'un des délégués, qui tendait à «exiger que les gouvernements contractants ne délivrent ces dispenses qu'*après* avoir consulté la commission, et non indépendamment d'elle» (procès-verbal de la 3e séance, IWC/20, p. 11, par. 115; les italiques sont de moi).

28. This of course is not to say that a Contracting Government has unlimited discretion in granting a special permit as an exercise of its sovereign freedom of action. The prerogative recognized under Article VIII is prescribed as part of the Convention, and more specifically as part of the regulatory régime established by the Convention. While in my view the assessment of scientific merits of research activities such as the JARPA/JARPA II programme, including the scientific assessment of their design and implementation, for achieving the purposes of the Convention is a matter assigned specifically to the organs of the Convention, especially the IWC and its Scientific Committee, there are certain aspects of this process of assessment which are to be subjected to the legal scrutiny of the Court in its exercise of its power of review for the interpretation and application of the Convention.

Within this delimited context, it is the role of the Court to examine from a legal point of view whether the procedures expressly prescribed by the regulatory régime of the Convention (i.e., the procedural requirements for the Contracting Party under Article VIII) are scrupulously observed. Without getting into the task of techno-scientific analysis of what should constitute in substance scientific research and without making the concrete assessment of each aspect of the activities involved — a task assigned to the Scientific Committee — the Court can also review whether the activities in question can be regarded as meeting the generally accepted notion of "scientific research" (the substantive requirement for the Contracting Party under Article VIII). This process involves the determination of the standard of review to be applied by the Court.

VI. The Standard of Review by the Court

29. In determining the standard of review, the Judgment sums up the positions of the Parties in the following manner. First, for the position of the Applicant, the Court states the following:

> "According to Australia, the Court's power of review should not be limited to scrutiny for good faith, with a strong presumption in favour of the authorizing State, as this would render the multilateral régime for the collective management of a common resource established by the ICRW ineffective. Australia urges the Court to have regard to objective elements in evaluating whether a special permit has been granted for purposes of scientific research, referring in particular to the 'design and implementation of the whaling programme, as well as any results obtained'." (Judgment, para. 63.)

30. Second, the Judgment juxtaposes this position of the Applicant with the following quotation from the statement of the Respondent in the oral proceedings as representing the position of the Respondent:

28. Le gouvernement contractant ne jouit pas pour autant d'une entière discrétion dans l'exercice de sa liberté souveraine de délivrer des permis spéciaux. La prérogative qui lui est reconnue en vertu de l'article VIII l'est dans le cadre de la convention, et plus précisément du régime de réglementation établi par celle-ci. Si l'appréciation de la validité scientifique d'activités de recherche telles que celles menées dans le cadre du programme JARPA/JARPA II, y compris l'évaluation scientifique de leur conception et de leur mise en œuvre au regard des buts visés par la convention, est un aspect qui a été expressément assigné aux organes de la convention, en particulier la CBI et son comité scientifique, il est d'autres aspects de ce processus qui relèvent de l'analyse juridique de la Cour, dans l'exercice du pouvoir de contrôle qui lui a été reconnu aux fins d'interpréter et d'appliquer la convention.

Dans ce contexte bien circonscrit, le rôle de la Cour consiste à déterminer d'un point de vue juridique si les procédures expressément établies dans le cadre du régime institué par la convention (à savoir les obligations de nature procédurale imposées à la partie contractante en vertu de l'article VIII) sont scrupuleusement observées. Sans se lancer dans une analyse technico-scientifique de ce que recouvre fondamentalement la notion de recherche scientifique, ni se livrer à une évaluation concrète de chaque aspect des activités en cause — tâche qui incombe au comité scientifique —, il est également loisible à la Cour de vérifier si les activités en question peuvent être considérées comme répondant à la notion de «recherches scientifiques» généralement admise (en référence à l'obligation de fond conférée à l'Etat contractant par l'article VIII). Pour ce faire, la Cour doit tout d'abord déterminer le critère d'examen à appliquer.

VI. Question du critère d'examen

29. En définissant le critère d'examen, la Cour, dans l'arrêt, résume les positions des Parties de la manière suivante. Elle décrit d'abord ainsi celle du demandeur:

> «Selon [l'Australie], le pouvoir de contrôle de la Cour ne devrait pas se limiter à s'assurer de la bonne foi de l'Etat ayant délivré le permis, qui bénéficierait d'une forte présomption favorable, sous peine de priver d'effet le régime multilatéral établi par la convention aux fins de la gestion collective d'une ressource commune. L'Australie prie instamment la Cour, aux fins de déterminer si un permis spécial a été délivré en vue de recherches scientifiques, de prendre en considération des éléments objectifs; elle se réfère en particulier à «la conception du programme de chasse [à la baleine] et [aux] modalités de son exécution, ainsi qu'[aux] résultats éventuellement obtenus».» (Arrêt, par. 63.)

30. La Cour met ensuite en regard cette déclaration du demandeur et un passage de la plaidoirie du défendeur censé représenter la position de celui-ci. Ce passage est le suivant:

> "Japan agrees with Australia and New Zealand in regarding the test as being whether a State's decision is objectively reasonable, or 'supported by coherent reasoning and respectable scientific evidence and . . ., in this sense, objectively justifiable'." (Judgment, para. 66.)

31. Based on these two statements of the Parties, the Judgment concludes as its own position on the issue of the standard of review, as follows:

> "When reviewing the grant of a special permit authorizing the killing, taking and treating of whales, the Court will assess, first, whether the programme under which these activities occur involves scientific research. Secondly, the Court will consider if the killing, taking and treating of whales is 'for purposes of' scientific research by examining whether, in the use of lethal methods, the programme's design and implementation are reasonable in relation to achieving its stated objectives. This standard of review is an objective one." (*Ibid.*, para. 67.)

32. With regard to this conclusion of the Judgment on the question of the standard of review, it has to be pointed out that there is a jump in logic in the reasoning between what is summarized as the respective positions of the Parties in paragraphs 63 and 66, and what is stated in this last quoted paragraph 67 as the conclusion of the Court which the Judgment claims to have been drawn from the respective positions of the Parties. In other words, the Judgment, ignoring the differences between the Parties on the question of the scope and the standard of review and without further explanation, would seem to endorse the position of one of the Parties, namely that of the Applicant. In paragraph 67 it declares, almost abruptly and *ex cathedra*, as it were, that the Court will assess "whether, in the use of lethal methods, the programme's design and implementation are reasonable", thus employing the formula advanced by the Applicant on the scope of the review and linking it with the standard of review seemingly conceded by the Respondent, as if to suggest that the application of this standard of objective reasonableness had been accepted as the common ground among the Parties in relation to the overall scope of the review, whereas, in reality, there was a wide difference of position between the Parties, especially in relation to the scope of the review. It has to be said that this conclusion as formulated by the Judgment is clearly a gross misrepresentation of what each of the Parties was prepared to accept as a common ground for the scope and the standard of review to be applied in the present context.

In the course of deciding that the Judgment, for whatever reason that has not been explained, is going to apply the yardstick that the programme must be objectively reasonable as the standard of review, the Judgment brings in to this process an entirely new element of "design and implementation" of the whaling programme (*ibid.*, para. 67), which relates to the scope of the review. This is an element which the Applicant

«Le Japon est d'accord avec l'Australie et la Nouvelle-Zélande pour estimer que la question à se poser est celle de savoir si la décision prise par un Etat est objectivement raisonnable ou «étayée par un raisonnement cohérent et des preuves scientifiques dignes de foi et est, en ce sens, objectivement justifiable».» (Arrêt, par. 66.)

31. Sur la base de ces deux déclarations des Parties, la Cour formule sa propre conclusion sur la question du critère d'examen, dans les termes suivants:

«Lorsqu'elle se penchera sur la question de la délivrance d'un permis spécial autorisant la mise à mort, la capture et le traitement de baleines, la Cour examinera, en premier lieu, si le programme dans le cadre duquel se déroulent ces activités comporte des recherches scientifiques. Elle établira, en second lieu, si les baleines mises à mort, capturées et traitées le sont «en vue de» recherches scientifiques, en examinant si, en ce qui concerne le recours à des méthodes létales, la conception et la mise en œuvre du programme sont raisonnables au regard de ses objectifs déclarés. Ce critère d'examen revêt un caractère objectif.» (*Ibid.*, par. 67.)

32. Or, force est de constater que la Cour emprunte un raccourci logique lorsqu'elle prétend tirer de ce qu'elle présente aux paragraphes 63 et 66 des motifs comme les positions respectives des Parties la conclusion précitée sur la question du critère d'examen. Elle semble se ranger aux vues de l'une des Parties, sans faire le moindre cas du clivage existant entre les deux Etats sur la question de la portée de l'examen et du critère d'examen à appliquer, et sans aucune autre explication. Lorsque, au paragraphe 67, elle annonce, pour ainsi dire *ex abrupto* et *ex cathedra*, qu'elle examinera «si, en ce qui concerne le recours à des méthodes létales, la conception et la mise en œuvre du programme sont raisonnables», elle reprend de fait la formulation avancée par le demandeur à propos de la portée de l'examen de la Cour en l'associant au critère d'examen prétendument admis par le défendeur, comme si les Parties avaient reconnu pouvoir s'entendre sur l'application de ce critère du caractère objectivement raisonnable à propos de la portée globale de l'examen alors que, en réalité, l'une de leurs divergences profondes tenait à ce point particulier. Je me dois de relever que, ce faisant, elle dénature totalement les aspects dont les Parties étaient prêtes à admettre qu'ils faisaient l'unanimité entre elles s'agissant de la portée de l'examen et du critère à appliquer à cet égard dans le présent contexte.

En décidant, pour une raison qui par ailleurs demeure inexpliquée, que c'est le caractère objectivement raisonnable qui constitue le critère à appliquer, la Cour introduit un élément entièrement nouveau — celui de la «conception et [de] la mise en œuvre» du programme de chasse à la baleine (*ibid.*, par. 67), qui renvoie à la portée de son examen. Or, s'il s'agit là d'un élément que le demandeur a tenu à inclure à l'appui de son

has been insisting on introducing in support of its contention. The Judgment provides no explanation as to why it is legitimate or appropriate for the Court to expand the scope of the review by engaging in the examination of these substantive aspects of the JARPA II programme.

33. A careful examination of the arguments of the Parties as developed through the written and oral proceedings in the present case reveals that the genesis of this standard of review would appear to derive its origin from the jurisprudence of the Appellate Body of the World Trade Organization (WTO), which has had to face a number of cases which involve the issue of judicial review of sovereign decisions of member States over scientifically controversial issues, as one of the Parties noted in its pleadings.

34. When one examines more closely the quoted jurisprudence of the WTO Appellate Body in its context, it becomes clear that this general proposition in favour of the test of objective reasonableness, has its basis in the Appellate Body's carefully reasoned argument for the demarcation line to be drawn between science and law in the context of the judicial review of a situation where there is no clear-cut consensual or even majority view of scientists on which jurists can rely. The rationale of the decision in question, which came before the WTO Appellate Body at the final phase of the *Continued Suspension of Obligations in the EC-Hormones Dispute* (United States) case (hereinafter *"EC-Hormones"*), illustrates this point. It is my view that the present Judgment takes this magic formula of objective reasonableness out of the context in which this standard was employed and applies it somewhat mechanically for our purposes, without giving proper consideration to the context in which this standard of review was applied.

35. The Respondent tried to clarify its position on the issue of the standard of review by explaining how this standard of objective reasonableness could be relevant to the present case, in the following words:

> "Yes: the Court can ask, could a reasonable State regard this as a properly-framed scientific inquiry? But it can no more impose a line separating science from non-science than it could decide what is and what is not 'Art'. In Japan's view, *the correct question is, could a State reasonably regard this as scientific research?*
>
> That is why Japan agrees with Australia and New Zealand in regarding the test as being whether a State's *decision is objectively reasonable, or 'supported by coherent reasoning and respectable scientific evidence and . . ., in this sense, objectively justifiable'*." (CR 2013/22, p. 60, paras. 20-21 (Lowe); emphasis added.)

What this part of the argument of the Respondent is relying on is the quotation, word-for-word, from the decision of the WTO Appellate Body in the final phase of the *EC-Hormones* case. It is for this reason important to examine the precise context in which this quoted passage appears.

argumentation, il n'est nullement précisé dans l'arrêt en quoi il serait légitime ou approprié pour la Cour d'étendre la portée de son examen à l'analyse de ces aspects du programme JARPA II ayant trait au fond.

33. A l'examen attentif des arguments développés en l'espèce par les Parties dans leurs écritures et à l'audience, il apparaît que le critère d'examen retenu trouverait son origine dans la jurisprudence de l'organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), qui a eu à connaître d'un certain nombre d'affaires impliquant un contrôle judiciaire de décisions souveraines prises par des Etats membres sur des questions scientifiques controversées, ainsi que l'a relevé l'une des Parties lors de la procédure écrite.

34. Or, lorsque l'on examine de plus près, et en les replaçant dans leur contexte, les extraits de la jurisprudence de l'organe d'appel de l'OMC qui ont été cités, il apparaît clairement que la formule fort générale mettant en avant ce critère trouve son origine dans le raisonnement très approfondi de l'organe d'appel quant à la ligne de démarcation qu'il convient de tracer entre science et droit lorsque le contrôle judiciaire concerne une situation où les juristes ne sont pas en mesure de s'appuyer sur un point de vue faisant clairement consensus, ou du moins majoritaire, dans la communauté scientifique. Le raisonnement suivi dans la décision rendue par l'organe d'appel de l'OMC dans la dernière phase de l'affaire *Etats-Unis — Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE-Hormones* (ci-après le différend « *CE-Hormones* ») l'illustre bien. Or, selon moi, dans son arrêt, la Cour reprend cette formule magique du caractère objectivement raisonnable en la coupant de son contexte, pour en faire une application quelque peu mécanique aux fins de l'espèce, sans prendre en compte comme il se devrait le cadre dans lequel ce critère d'examen a été appliqué.

35. Le défendeur a tenté de clarifier sa position sur la question du critère d'examen en expliquant ainsi de quelle manière la notion de caractère objectivement raisonnable pourrait trouver à s'appliquer en l'espèce :

> « La Cour peut effectivement se demander si un Etat pourrait raisonnablement considérer qu'il s'agit d'une investigation scientifique correctement articulée. Mais, de la même façon qu'elle ne peut pas décider ce qui est de l'« art » et ce qui n'en est pas, elle ne peut imposer une distinction entre science et non-science. Selon le Japon, *la question qu'il convient de poser est la suivante : un Etat peut-il raisonnablement considérer qu'il s'agit de recherche scientifique?*
>
> Voilà pourquoi le Japon s'accorde avec l'Australie et la Nouvelle-Zélande pour dire que la question à poser est celle de savoir si *la décision prise par un Etat est objectivement raisonnable, ou « étayée par un raisonnement cohérent et ..., en ce sens, objectivement justifiable* ». »
> (CR 2013/22, p. 60, par. 20-21 (Lowe); les italiques sont de moi.)

Le défendeur reprend ici mot pour mot un extrait de la décision rendue par l'organe d'appel dans la dernière phase de l'affaire *CE-Hormones*. D'où l'importance d'analyser cet extrait dans son contexte précis.

36. The decision of the WTO Appellate Body contained in its final Report of 16 October 2008, reviewing and setting aside the earlier decision of its Dispute Settlement Panel, states as follows:

> "[S]o far as fact-finding by [the WTO] panels is concerned, the applicable standard is 'neither *de novo* review as such, nor 'total deference', but rather the 'objective assessment of facts' . . .
>
> It is the WTO Member's task to perform the risk assessment. The panel's task is to review that risk assessment. Where a panel goes beyond this limited mandate and *acts as a risk assessor*, it would be substituting its own scientific judgment for that of the risk assessor and making a *de novo* review and, consequently, would exceed its functions under Article 11 of the [Dispute Settlement Understanding of the WTO]. Therefore, *the review power of a panel is not to determine whether the risk assessment undertaken by a WTO Member is correct, but rather to determine whether that risk assessment is supported by coherent reasoning and respectable scientific evidence* and is, in this sense, objectively justifiable." (WT/DS320/AB/R, p. 246, paras. 589-590; emphasis added.)

Here we find a well-defined exposé of the essential rationale for the standard of review developed in the jurisprudence that the Respondent quotes in agreeing to the test of objective reasonableness. The Appellate Body decision is very specific in clarifying that "a panel may not rely on the experts to go beyond its limited mandate of review" and that

> "[t]he panel may seek the experts' assistance in order to identify the scientific basis of the . . . measure [taken] and to verify that this scientific basis comes from a qualified and respected source, irrespective of whether it represents minority or majority scientific views" (*ibid.*, p. 247, para. 592).

37. Despite the difference that these two cases — one being before the Appellate Body of the WTO, the other being before the ICJ — represent in terms of the law applicable, in the nature of the issue involved and in the context in which the dispute arose, as well as the obvious fact that the WTO decision cannot in any sense constitute a precedent for our purposes, there is nevertheless one common element to which this Court could pay regard. It is the point that when a court of law or a judicial body is engaged in the legal assessment of a scientific matter where scientists hold divergent views, the judicial institution is under an intrinsic limitation on its power and must not exceed its competence as the administrator of the law, by straying into an area which lies beyond its delimited function. Thus under the system in which the judicial body's task is to review the risk assessment conducted by a member State endowed with

36. La décision, reproduite dans le rapport final du 16 octobre 2008, par laquelle, après l'avoir examinée, l'organe d'appel de l'OMC a annulé celle du groupe spécial de règlement des différends, se lit ainsi :

> «[E]n ce qui concerne l'établissement des faits par les groupes spéciaux [de l'OMC], le critère applicable n'[est] «ni l'examen *de novo* proprement dit, ni la «déférence totale», mais «l'évaluation objective des faits»...
>
> C'est la tâche du membre de l'OMC d'effectuer l'évaluation des risques. La tâche du groupe spécial est d'examiner cette évaluation des risques. [Dès lors qu']un groupe spécial [irait] au-delà de ce mandat limité et agi[rait] en tant qu'*[évaluateur] des risques*, il substituerait son propre jugement scientifique à celui du responsable de l'évaluation des risques et ferait un examen *de novo* et, par conséquent, outrepasserait ses fonctions au titre de l'article 11 du [mémorandum d'accord sur le règlement des différends]. En conséquence, *le pouvoir ... d'examen d'un groupe spécial [autorise celui-ci] non pas à déterminer si l'évaluation des risques effectuée par un membre de l'OMC est correcte mais [à] déterminer si cette évaluation des risques est étayée par un raisonnement cohérent et des preuves scientifiques respectables* et est, en ce sens, objectivement justifiable.» (WT/DS320/AB/R, p. 245, par. 589-590; les italiques sont de moi.)

Nous avons là un exposé détaillé de la raison d'être essentielle du critère d'examen mis au point dans la jurisprudence que cite le défendeur lorsqu'il se déclare d'accord pour retenir celui du caractère objectivement raisonnable. L'organe d'appel prend bien soin de préciser qu'«un groupe spécial ne peut pas [faire appel aux] experts pour aller au-delà de son mandat limité en matière d'examen» mais

> «peut demander [leur] aide afin d'identifier le fondement scientifique de la mesure ... et de vérifier que ce fondement provient d'une source compétente et respectée, [et ce,] qu'il représente des opinions scientifiques minoritaires ou majoritaires» (*ibid.*, p. 247, par. 592).

37. En dépit des différences que présentent ces deux affaires — l'une portée devant l'organe d'appel de l'OMC, l'autre devant la CIJ — en ce qui concerne le droit applicable, la nature de la question en jeu et le contexte de la genèse du différend, et nonobstant cette évidence qu'une décision de l'OMC ne saurait en aucun cas servir de précédent au cas d'espèce, il n'en existe pas moins entre elles un élément commun dont la Cour peut tenir compte. Il réside en ceci que, lorsqu'une institution judiciaire se livre à une évaluation juridique d'une question scientifique sur laquelle les scientifiques eux-mêmes sont divisés, son pouvoir se trouve intrinsèquement limité, et elle doit se garder d'outrepasser la compétence qui lui est reconnue en matière d'administration du droit en se fourvoyant dans un domaine allant au-delà de la fonction bien circonscrite qui est la sienne. Ainsi, si l'organe judiciaire en cause était chargé d'examiner l'évaluation

that power and, to use the expression employed in the WTO jurisprudence,

> "[w]here [that body] goes beyond this limited mandate and acts as a risk assessor, it would be substituting its own scientific judgement for that of the risk assessor and making a *de novo* review and, consequently, would exceed its functions" (WT/DS320/AB/R, p. 246, para. 590).

It is my view that it was in this sense and in this context that the jurisprudence of the WTO decision can be a useful point of reference for this Court in the present case, where the function of the Court "is not to determine whether the . . . assessment undertaken by a WTO Member is correct, but rather to determine whether that . . . assessment is supported by coherent reasoning and respectable scientific evidence and is, in this sense, objectively justifiable" *(ibid.)*.

38. In my view, the Judgment has erred in its approach by taking this standard of objective reasonableness out of its context, and by mechanically applying it for the opposite purpose, that is, for the purpose of engaging the Court in making a *de novo* assessment of the activities of the Respondent, when that State is given the primary power under the Convention to determine what should be the modalities of activities for pursuing scientific research and to grant special permits for purposes of scientific research. This discretion given to the State issuing the permit is subject to the process of review and critical comment by the Scientific Committee and by the IWC in accordance with the regulatory framework of the Convention.

39. The concept of "reasonableness" appears from time to time in the jurisprudence of this Court in some of its past decisions. In my view, however, it is not possible nor useful to try to apply this concept of "reasonableness" in a general way as the standard of substantive assessment. No one would dispute the validity of this concept as such, which like the concept of "fairness", is one of the basic principles of international law, or for that matter of law in general, but its concrete interpretation and application as a standard of review will depend entirely upon the context in which the term is to be applied. It is not a standard for substantive assessment, but a yardstick for ascertaining whether a decision or an action is or is not "arbitrary" or patently "out of bounds".

In the case concerning *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica* v. *Nicaragua)*, the Court referred to the contention of the Applicant (Costa Rica) which argued that the way the Respondent (Nicaragua) restricted Costa Rica's navigational rights on the San Juan River was "not reasonable". The Court clarified the character of this concept in the following way:

> "The Court notes that Costa Rica, in support of its claim of unlawful action, advances points of fact about unreasonableness by referring to the allegedly disproportionate impact of the regulations. The Court recalls that in terms of well established general principle it is

des risques effectuée par l'Etat membre habilité à y procéder et que, pour reprendre l'expression employée dans la jurisprudence de l'OMC, il allait

> «au-delà de ce mandat limité et agi[ssait] en tant qu'[évaluateur] des risques, il substituerait son propre jugement scientifique à celui du responsable de l'évaluation des risques et ferait un examen *de novo* et, par conséquent, outrepasserait ses fonctions» (WT/DS320/AB/R, p. 246, par. 590).

Selon moi, c'est dans ce sens et dans ce contexte que la jurisprudence que constitue cette décision de l'OMC peut ici utilement servir de référence à la Cour, dont la fonction, en l'espèce, n'est pas «de déterminer si l'évaluation ... effectuée ... est correcte mais de déterminer si cette évaluation ... est étayée par un raisonnement cohérent et des preuves scientifiques respectables et est, en ce sens, objectivement justifiable» *(ibid.)*.

38. A mon sens, la Cour s'est ici fourvoyée en sortant de son contexte le critère du caractère objectivement raisonnable pour l'appliquer mécaniquement dans un sens allant à l'encontre de son propos — c'est-à-dire pour se livrer à une évaluation *de novo* des activités du défendeur. Selon la convention, c'est à l'Etat qu'appartient au premier chef le pouvoir de déterminer les modalités d'exécution d'un programme de recherche scientifique et de délivrer des permis spéciaux en vue de telles recherches; ce pouvoir, discrétionnaire, est soumis au processus d'examen et à l'avis critique du comité scientifique de la CBI d'après le cadre réglementaire établi par cet instrument.

39. La notion de «caractère raisonnable» apparaît de temps à autre dans la jurisprudence de la Cour. Selon moi, il n'est toutefois ni possible ni utile de tenter de l'ériger en critère général de toute analyse de fond. Nul ne contestera la validité d'une telle notion qui, à l'instar de celle d'«équité», constitue l'un des principes fondamentaux du droit international, sinon du droit en général, mais son interprétation et son application concrètes en tant que critère d'examen dépendront entièrement du contexte dans lequel il s'agira d'en faire usage. Il s'agit non pas d'un critère d'analyse de fond, mais de la pierre de touche par laquelle éprouver si une décision ou un acte sont «arbitraires» ou clairement «inopportuns».

Dans l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, la Cour, se référant au grief du demandeur (le Costa Rica) selon lequel le défendeur (le Nicaragua) avait soumis ses droits de navigation sur le fleuve San Juan à des restrictions «déraisonnables», avait précisé comme suit la nature de ce concept:

> «La Cour note que le Costa Rica, à l'appui de sa thèse selon laquelle l'action du Nicaragua est illicite, avance des éléments de fait visant à en démontrer le caractère déraisonnable en invoquant l'incidence prétendument disproportionnée des mesures en question. La

for Costa Rica to establish those points (cf. *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania* v. *Ukraine), Judgment, I.C.J. Reports 2009*, p. 86, para. 68, and cases cited there). Further, a court examining the reasonableness of a regulation must recognize that *the regulator, in this case the State with sovereignty over the river, has the primary responsibility for assessing the need for regulation and for choosing, on the basis of its knowledge of the situation, the measure that it deems most appropriate to meet that need. It will not be enough in a challenge to a regulation simply to assert in a general way that it is unreasonable.* Concrete and specific facts will be required to persuade a court to come to that conclusion." (*I.C.J. Reports 2009*, p. 253, para. 101; emphasis added.)

40. The position of the Respondent in the present case is analogous in law to that of the respondent under the 1858 Treaty of Limits in the case concerning *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica* v. *Nicaragua)*. The dictum of this Court in the latter case should be applicable to the situation in the present case.

VII. Application of the Standard of Review in the Present Case

41. Having thus clarified the scope and the standard of review to be applied by the Court in reviewing the JARPA II activities under Article VIII, I shall refrain from engaging myself in the exercise of refuting the conclusions of the Judgment resulting from its substantive assessment of each of the concrete aspects of the design and implementation of the JARPA II programme, in order to ascertain whether they can be regarded as objectively reasonable, as the Judgment has tried to do in Section II, subsection 3.B (Judgment, paras. 127-227). I do so refrain, because in my view to engage oneself in this exercise would be doing precisely what the Court should not have done under the Convention in light of the essential character of the Convention so clearly manifested in its object and purpose, and in particular in light of the legal structure of the regulatory régime created under the Convention, as well as, most importantly, in view of the intrinsic limitation inherent in the power of the Court as a legal institution empowered with review in the present context.

42. Nevertheless, I wish to draw the attention of the Court to one point of law which relates to a question of principle involved throughout the substantive assessment of the programme of JARPA II by the Judgment in its subsection 3.B. My critical comments relate to the methodology that the Judgment employs in applying the standard of objective reasonableness in assessing the concrete activities of JARPA II conducted under Article VIII of the Convention. In my view, the ordinary and plain meaning of Article VIII makes it clear that the Contracting Government

Cour rappelle que, selon un principe général bien établi, c'est au Costa Rica qu'il incombe d'établir ces éléments (*Délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine), arrêt, C.I.J. Recueil 2009*, p. 86, par. 68, et affaires qui y sont citées). En outre, une juridiction qui examine le caractère raisonnable d'une réglementation doit reconnaître que c'est à l'autorité de réglementation, *en l'occurrence à l'Etat qui jouit de la souveraineté sur le fleuve, que revient la responsabilité principale d'apprécier la nécessité de réglementer et, en se fondant sur sa connaissance de la situation, de retenir à cette fin la mesure qu'il estime la plus appropriée. Il ne suffit pas, pour contester une réglementation, d'affirmer en termes généraux qu'elle est déraisonnable*; pour qu'une juridiction fasse droit à une telle contestation, des faits concrets et spécifiques doivent lui être présentés.» (*C.I.J. Recueil 2009*, p. 253, par. 101; les italiques sont de moi.)

40. Le défendeur dans la présente instance se trouve, du point de vue juridique, dans une position similaire à celle du défendeur au regard du traité de 1858 en l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*. Le *dictum* ci-dessus aurait donc dû être applicable au cas d'espèce.

VII. Application du critère d'examen au cas d'espèce

41. Ayant ainsi clarifié la portée de l'examen de la Cour, et le critère à appliquer aux fins d'évaluer les activités menées en vertu de l'article VIII dans le cadre de JARPA II, je n'entreprendrai pas de réfuter les conclusions que la Cour a formulées dans l'arrêt sur la base de son analyse de fond de chacun des aspects concrets de la conception et de la mise en œuvre de ce programme, aux fins de déterminer, comme la Cour a cherché à le faire dans la partie 3.B de la section II (arrêt, par. 127-227), s'ils peuvent être tenus pour objectivement raisonnables. Se livrer à un tel exercice reviendrait selon moi à faire exactement ce dont la Cour aurait dû s'abstenir au regard de la convention, compte tenu de la nature fondamentale de celle-ci, si manifeste dans son objet et dans son but, et en particulier compte tenu de la structure juridique du régime de réglementation établi en vertu de la convention, et — plus important encore — de la limitation inhérente aux prérogatives de la Cour en tant qu'institution juridique dotée du pouvoir de contrôle *a posteriori* qui est le sien dans le présent contexte.

42. Je voudrais néanmoins appeler l'attention de la Cour sur un point de droit, ayant trait à une question de principe qui intéresse l'ensemble de l'analyse de fond du programme JARPA II à laquelle se livre la Cour dans la partie 3.B. Ma critique porte sur la manière dont la Cour a appliqué dans l'arrêt le critère du caractère objectivement raisonnable aux fins de se prononcer sur les activités concrètes menées dans le cadre de JARPA II en vertu de l'article VIII de la convention. Selon moi, le sens naturel et ordinaire de l'article VIII est clair: c'est au premier chef au gouvernement

has the primary power to grant special permits authorizing to kill, take and treat whales for purposes of scientific research. There is a presumption — a strong, though rebuttable, presumption — that the granting Government, in granting the permits, has made this determination not only in good faith, but also in light of a careful consideration that the activities are carried out for purposes of scientific research. As I have repeatedly emphasized, the function of the Court, engaged in the judicial review of the exercise of power by the Contracting Government, is to assess whether this determination of the Contracting Government in question is objectively reasonable, in the sense that the programme of research is based upon a coherent reasoning and supported by respectable opinions within the scientific community of specialists on whales, even if the programme of research may not necessarily command the support of a majority view within the scientific community involved.

43. In particular, with regard to the issue of lethal taking of whales, which forms the central theme in the assessment in the Judgment of whether the programme in its design and implementation can be regarded as objectively reasonable, the Judgment appears to be applying the standard of objective reasonableness in such a way that it is the granting party that bears the burden of establishing that the scale and the size of the lethal take envisaged under the programme is reasonable in order for the programme to be qualified as a genuine programme "for purposes of scientific research".

44. To place the onus of meeting such a stringent requirement upon the party granting the special permits in accordance with the provisions of the Convention cannot be in consonance with the plain and ordinary meaning of Article VIII, which provides for an unqualified right of the Contracting Party to "grant . . . special permit[s] authorizing . . . to kill, take and treat whales for purposes of scientific research" as part of the regulatory régime created under the Convention.

45. In the context of the present dispute, and applying the standard of objective reasonableness used by the Judgment as the yardstick for determining whether the activities were "for purposes of scientific research", it should be the Applicant, rather than the Respondent, who has to establish by credible evidence that the activities of the Respondent under JARPA II cannot be regarded as "reasonable" scientific research activities for the purposes of Article VIII of the Convention. Under the Convention, the Respondent is given the presumptive power to grant permits for activities for purposes of scientific research. In my view, the Applicant has failed to establish that the activities carried out pursuant to JARPA II are not "reasonable" scientific activities.

46. It is my belief that, in fact, the activities carried out pursuant to JARPA II can be characterized as "reasonable" activities for purposes of scientific research. It may well be that JARPA II is far from a perfect programme, but the evidence presented to the Court has clearly shown that it provides some useful scientific information with respect to minke

contractant qu'il incombe de délivrer des permis spéciaux autorisant à tuer, capturer et traiter des baleines en vue de recherches scientifiques. Il y a dès lors lieu de présumer — c'est là une forte présomption qui peut toutefois être réfutée — que le gouvernement accordant de tels permis aura pris cette décision non seulement de bonne foi, mais également après s'être soigneusement assuré que les activités envisagées seraient bien menées en vue de recherches scientifiques. Comme je l'ai maintes fois souligné, la fonction de la Cour, lorsqu'elle se livre à un examen judiciaire de l'exercice d'un pouvoir par un gouvernement contractant, est de déterminer si la décision prise par ce gouvernement revêt un caractère objectivement raisonnable — en d'autres termes, si le programme de recherche est basé sur un raisonnement cohérent et sur des avis respectables d'experts scientifiques spécialistes des baleines, quand bien même ce programme n'emporterait pas l'adhésion de la majorité au sein de la communauté scientifique concernée.

43. Mais lorsque la Cour se penche en particulier sur la question des prélèvements létaux de baleines, pivot de l'évaluation à laquelle elle se livre pour déterminer si le programme, dans sa conception et dans sa mise en œuvre, peut être considéré comme objectivement raisonnable, elle semble appliquer le critère retenu d'une façon telle qu'elle met à la charge de la partie délivrant le permis l'obligation de démontrer que le recours à ces prélèvements tel qu'envisagé dans le cadre du programme est d'une ampleur raisonnable et que ce programme peut donc être considéré comme véritablement mené «en vue de recherches scientifiques».

44. Or, imposer à la partie qui délivre les permis spéciaux en vertu des dispositions de la convention des exigences aussi strictes va à l'encontre du sens naturel et ordinaire de l'article VIII, qui reconnaît à la partie contractante le droit inconditionnel d'«accorder ... [des] permis spécia[ux] autorisant ... à tuer, capturer et traiter des baleines en vue de recherches scientifiques» dans le cadre du régime de réglementation établi en vertu de la convention.

45. Dans le contexte du présent différend, et dès lors que l'on applique le critère du caractère objectivement raisonnable à l'aune duquel la Cour, dans son arrêt, entend déterminer si les activités visées ont été menées «en vue de recherches scientifiques», c'est au demandeur et non au défendeur qu'il devrait incomber de prouver, sur la base d'éléments crédibles, que les activités menées par ce dernier dans le cadre de JARPA II ne constituent pas des activites «raisonnables» de recherche scientifique au sens de l'article VIII de la convention, laquelle reconnaît *a priori* au défendeur le pouvoir de délivrer des permis autorisant des activités en vue de recherches scientifiques. Or, selon moi, le demandeur n'a pas apporté la preuve que les activités menées dans le cadre de JARPA II n'étaient pas des activités scientifiques «raisonnables».

46. Quant à moi, j'estime que les activités menées dans le cadre de JARPA II peuvent être considérées comme «raisonnables» aux fins de la recherche scientifique. Certes, JARPA II est peut-être loin d'être parfait, mais il ressort clairement des éléments de preuve qui ont été présentés à la Cour que ce programme permet d'obtenir sur les petits rorquals certaines

whales that has been of substantial value to the Scientific Committee. By way of demonstrating the scientific value of JARPA/JARPA II activities, the Chair of the Scientific Committee stated in 2007 that "[t]he Japanese input into cetacean research in Antarctica is significant, and I would say crucial for the Scientific Committee" (Counter-Memorial of Japan, Ann. 207, Vol. IV, p. 387). It should be pointed out that a major review of JARPA II by the IWC is expected to take place this year (2014) and therefore a fully-fledged evaluation of the programme is premature (which is another reason for the Court not to pass hasty judgment). Although a specific assessment on the contribution of the scientific research conducted by the programme is not yet available for JARPA II itself, the Report of the IWC Intersessional Workshop to Review Data and Results from JARPA, which is in many respects substantively similar to JARPA II, expressed the positive appreciation of the JARPA programme in the following words:

> "The results from the JARPA programme, while not required for management under the RMP, have the potential to improve management of minke whales in the Southern Hemisphere in [two] ways . . . The results of analyses of JARPA data could be used . . . perhaps to increase the allowed catch of minke whales in the Southern Hemisphere, without increasing depletion risk above the level indicated by the existing *Implementation Simulation Trials* of the RMP for these minke whales." (Report of the Intersessional Workshop to Review Data and Results from Special Permit Research on Minke Whales in the Antarctic, Tokyo, 4-8 December 2006; Counter-Memorial of Japan, Ann. 113, Vol. III, p. 201; emphasis in the original.)

In other words, this IWC Intersessional Workshop Report expressed the view that the JARPA programme can provide valuable statistical data which could result in a reconsideration of the allowed catch of minke whales under the RMP.

47. What is referred to in this Report is precisely the type of data that was envisioned as useful by the Convention. Article VIII of the Convention "[r]ecogniz[es] that continuous collection and analysis of biological data in connection with the operations of factory ships and land stations are indispensable to sound and constructive management of the whale fisheries" and states that "the Contracting Governments will take all practicable measures to obtain such data" (Art. VIII, para. 4). Article V of the Convention further states that amendments to the Schedule "shall be based on scientific findings" (Art. V, para. 2), and the text of the moratorium itself notes, as stated earlier, that it "will be kept under review, based upon the best scientific advice" (Schedule, para. 10 *(e)*).

48. In light of this evidence given with the authority of the findings of the Scientific Committee that the JARPA activities provided some of the

informations scientifiques utiles, lesquelles se sont même révélées précieuses pour les travaux du comité scientifique. L'intérêt scientifique que présentent les activités menées dans le cadre de JARPA/JARPA II a ainsi été évoqué par le président du comité scientifique, qui, en 2007, a jugé «[l]a contribution du Japon à la recherche sur les cétacés en Antarctique ... considérable, et même cruciale» (contre-mémoire du Japon, annexe 207, vol. IV, p. 387). Signalons encore qu'un important examen du programme JARPA II devant être réalisé par la CBI dans le courant de l'année (2014), il était prématuré d'en effectuer une évaluation complète (autre raison pour laquelle la Cour n'avait pas à se hâter de se prononcer). Si l'on ne dispose pas encore d'évaluation spécifique de la contribution que représentent les recherches scientifiques entreprises dans le cadre de JARPA II lui-même, on pouvait lire dans le rapport du groupe de travail intersessions chargé d'examiner les données et les résultats obtenus dans le cadre de JARPA, qui présente bien des similitudes avec son successeur, l'appréciation suivante:

> «Les résultats de JARPA, s'ils ne sont pas nécessaires du point de vue de la RMP, sont susceptibles d'améliorer à [deux] égards la gestion des petits rorquals dans l'hémisphère sud ... Ils pourraient ainsi permettre d'augmenter, sans aggraver le risque d'épuisement, le nombre de prises de petits rorquals autorisées dans l'hémisphère sud, au-delà du niveau indiqué par les *essais de simulation de mise en œuvre* déjà réalisés pour ces petits rorquals.» (Rapport du groupe de travail intersessions chargé d'examiner les données et les résultats obtenus dans le cadre de la chasse au petit rorqual dans l'Antarctique au titre d'un permis spécial en vue de recherches scientifiques, Tokyo, 4-8 décembre 2006; contre-mémoire du Japon, annexe 113, vol. III, p. 201 ; les italiques sont dans l'original.)

En d'autres termes, le groupe de travail estimait que le programme JARPA pouvait permettre d'obtenir des données statistiques précieuses susceptibles d'entraîner un réexamen de la limite des captures de petits rorquals fixée dans le cadre de la RMP.

47. Les données dont il est fait état dans ce rapport sont précisément de l'ordre de celles considérées comme utiles dans la convention. L'article VIII de celle-ci «[r]econna[ît] qu'il est indispensable, pour assurer une gestion saine et profitable de l'industrie baleinière, de rassembler et d'analyser constamment les renseignements biologiques recueillis à l'occasion des opérations des usines flottantes et des stations terrestres» et dispose que les «Gouvernements contractants prendront toutes les mesures en leur pouvoir pour se procurer ces renseignements» (art. VIII, par. 4). L'article V de la convention indique en outre que les modifications du règlement «se fonder[ont] sur des données scientifiques» (art. V, par. 2), et la disposition établissant le moratoire elle-même précise, comme je l'ai dit plus haut, que celui-ci «sera régulièrement soumi[s] à un examen fondé sur les meilleurs avis scientifiques» (règlement, par. 10 *e)*).

48. A la lumière de cette conclusion autorisée du comité scientifique, selon laquelle les activités de JARPA ont précisément permis d'obtenir

very data that the drafters of the Convention found to be "indispensable to sound and constructive management of the whale fisheries" (Art. VIII, para. 4), it is difficult to see how the activities of JARPA and its successor, JARPA II, could be considered "unreasonable."

VIII. Conclusion

49. By way of conclusion, it should be emphasized that the sole and crucial issue at the centre of the present dispute is whether the activities under the programme of JARPA II are "for purposes of scientific research". The issue is not whether the programme of JARPA II has attained a level of excellence as a project for scientific research for achieving the object and purpose of the Convention, which is a matter to be considered and examined by the Scientific Committee. It may also be true that the JARPA II programme is far from being perfect for attaining such an objective and may need improvements to achieve that purpose. Such criticism of JARPA II could appropriately be valuable in the review process, with a view to remodelling or redesigning these activities in accordance with what the regulatory framework of the Convention prescribes, but this cannot be the ground for the Court to declare that the activities of the programme are unreasonable for purposes of scientific research. Even if JARPA II contained some defects as a programme for purposes of scientific research, that fact in itself would not turn these activities into activities for commercial whaling. It certainly could not be the reason for this Court to rule that "Japan shall revoke any extant authorization, permit or licence granted in relation to JARPA II" (Judgment, operative part 7, para. 247).

(Signed) Hisashi Owada.

certains de ces renseignements que les auteurs de la convention estimaient «indispensable[s] ... pour assurer une gestion saine et profitable de l'industrie baleinière» (art. VIII, par. 4), il est difficile de saisir en quoi les activités menées dans le cadre de JARPA puis de JARPA II peuvent être considérés comme «déraisonnables».

VIII. Conclusion

49. En conclusion, je voudrais insister sur le fait que la question cruciale en l'espèce consistait uniquement à savoir si le programme JARPA II était bien mené «en vue de recherches scientifiques». Il ne s'agissait pas pour la Cour de déterminer s'il constitue un programme de recherche scientifique idéal pour réaliser l'objet et le but de la convention, question qui est du ressort du comité scientifique. Il se peut que le programme JARPA II soit loin d'être parfait pour atteindre un tel objectif et doive, dans cette optique, être amélioré. Il serait sans doute utile de le soumettre à une évaluation critique dans le cadre du processus d'examen, aux fins d'ajuster ou de revoir du tout au tout les activités de recherche qu'il recouvre pour assurer leur conformité aux prescriptions du cadre réglementaire mis en place par la convention. Reste que la Cour ne peut s'appuyer sur de telles critiques pour affirmer que les activités menées dans le cadre du programme ne sont pas raisonnables aux fins de la recherche scientifique. JARPA II n'est peut-être pas dépourvu de défauts en tant que programme mené en vue de recherches scientifiques, mais cela ne suffit pas à en faire un programme de chasse commerciale à la baleine. Et ce n'est certainement pas ce qui pouvait fonder la Cour à conclure à la nécessité pour «le Japon [de] révoquer tout permis, autorisation ou licence déjà délivré dans le cadre de JARPA II» (arrêt, dispositif, point 7, par. 247).

(Signé) Hisashi Owada.

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE ABRAHAM

Accord avec le dispositif de l'arrêt en ce qu'il rejette l'exception d'incompétence soulevée par le Japon — Désaccord avec le raisonnement suivi par la Cour pour conclure au rejet de l'application de la seconde branche de la réserve australienne — Accord avec l'affirmation selon laquelle l'article VIII de la convention ne doit donner lieu ni à interprétation restrictive ni à interprétation extensive — Rejet à bon droit de la définition de «recherches scientifiques» donnée par l'expert appelé par l'Australie — Désaccord avec le critère d'examen objectif retenu par la Cour, la notion «en vue de» renvoyant nécessairement à l'examen des fins recherchées — Application erronée d'une présomption défavorable sous-jacente à l'encontre du Japon — En l'espèce, absence de disproportion manifeste entre les objectifs annoncés dans le cadre de JARPA II et les moyens mis en œuvre — Absence également d'excès manifeste dans la fixation de la taille des échantillons — Désaccord avec le point 2 du dispositif en ce qu'il conclut que les permis spéciaux délivrés par le Japon dans le cadre de JARPA II n'entrent pas dans les prévisions du paragraphe 1 de l'article VIII de la convention — Désaccord en conséquence avec les points 3, 4, 5 et 7 du dispositif.

1. J'ai voté en faveur du point 1 du dispositif, par lequel la Cour décide qu'elle a compétence pour connaître de la requête présentée par l'Australie contre le Japon. Mais j'ai voté contre les points 2 à 5, par lesquels la Cour déclare que le Japon a méconnu plusieurs obligations substantielles découlant de la convention pour la réglementation de la chasse à la baleine de 1946 (ci-après la «convention»), en conséquence du fait que, selon l'arrêt, le programme de chasse dit «JARPA II», mis en œuvre par le Japon dans l'Antarctique à partir de 2005, n'était pas réellement, malgré les affirmations du défendeur, conduit «en vue de recherches scientifiques» au sens de l'article VIII de la convention. En conséquence, je n'ai pas pu approuver non plus les mesures que le point 7 du dispositif ordonne au Japon d'adopter pour remédier aux violations constatées.

2. Bien que je partage la conclusion de l'arrêt en ce qui concerne la question de compétence, je ne suis pas convaincu par le raisonnement suivi pour y parvenir. Sur ce point, je pourrais certainement qualifier ma divergence de mineure. J'en expliquerai cependant les raisons ci-après (I). Sur le fond, en revanche, je suis au regret de constater que je suis profondément en désaccord avec la démarche générale adoptée par la Cour, et les articulations essentielles de son raisonnement: je crois qu'elle a fait fausse route. Je dirai pourquoi (II).

DISSENTING OPINION OF JUDGE ABRAHAM

[Traduction]

Agreement with Judgment's operative paragraph in its dismissal of Japan's objection to jurisdiction — Disagreement with Court's reasoning dismissing second limb of Australian reservation — Agreement with statement that Article VIII of the Convention must be interpreted neither restrictively nor expansively — Definition of "scientific research" given by Australia's expert rightly rejected — Disagreement with Court's objective standard, since the phrase "for purposes of" necessarily requires examination of aims pursued — Wrongful underlying unfavourable presumption against Japan — No manifest mismatch in this case between JARPA II's stated aims and means used — Similarly, sample size not manifestly excessive — Disagreement with finding in point 2 of operative paragraph that special permits granted by Japan in connection with JARPA II do not fall within the provisions of Article VIII, paragraph 1, of the Convention — Consequent disagreement with points 3, 4, 5 and 7 of operative paragraph.

1. I voted in favour of point 1 of the operative paragraph, in which the Court decides that it has jurisdiction to entertain the Application filed by Australia against Japan. But I voted against points 2 to 5, where the Court states that Japan has been in breach of various substantive obligations under the 1946 Convention for the Regulation of Whaling (hereinafter "the Convention"), in consequence of the fact that, according to the Judgment, the whaling programme known as "JARPA II", carried out by Japan in the Antarctic from 2005, was not genuinely conducted — notwithstanding the Respondent's assertions — "for purposes of scientific research" within the meaning of Article VIII of the Convention. As a result, I have also been unable to approve the measures which Japan is required to take under point 7 of the operative paragraph in order to make good the breaches found by the Court.

2. While I share the Judgment's conclusion on the issue of jurisdiction, I am not convinced by the reasoning followed in order to reach it. On this point, I would certainly describe my disagreement as minor. I will, however, explain the reasons for it below (I). On the merits, on the other hand, I regret to have to say that I am in profound disagreement with the overall approach adopted by the Court, and with the basic scheme of its reasoning: I believe that its approach is misconceived. I shall explain why (II).

I. La compétence

3. L'Australie a saisi la Cour sur la base des déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de celle-ci faites par l'Australie et le Japon, respectivement le 22 mars 2002 et le 9 juillet 2007. Le Japon a contesté la compétence de la Cour en invoquant l'une des réserves que l'Australie a formulées dans la déclaration d'acceptation, celle figurant au *b)* de ladite déclaration.

4. Il n'y a eu aucune discussion entre les Parties — et il n'aurait pu sérieusement y en avoir — quant à la règle bien établie selon laquelle le défendeur à l'instance peut invoquer une réserve faite par le demandeur dans l'instrument par lequel celui-ci a accepté la compétence de la Cour, en opposant cette réserve à son auteur lui-même en vue d'obtenir de la Cour qu'elle décline sa compétence.

5. C'est sur la portée, donc sur l'interprétation, de la réserve australienne que le débat a eu lieu. La Cour a estimé que cette réserve n'était pas applicable en l'espèce. Je suis de cet avis. Mais elle l'a fait sur la base d'une interprétation de ladite réserve que j'estime très discutable.

6. A vrai dire, la réserve en question n'est pas un modèle de clarté. Elle comprend deux branches, reliées entre elles par la conjonction «ou» («or»). La première est relativement claire, elle vise à exclure de la compétence de la Cour «any dispute concerning or relating to the delimitation of maritime zones, including the territorial sea, the exclusive economic zone and the continental shelf» — ce que je traduirais en français (seul le texte anglais est authentique) par: «tout différend concernant, ou se rapportant à, la délimitation de zones maritimes, y compris la mer territoriale, la zone économique exclusive et le plateau continental». Les Parties en sont convenues: le différend soumis à la Cour ne concernait pas, et ne se rapportait pas non plus à, la délimitation de zones maritimes — ce qui signifie que l'objet même du différend n'était pas constitué par une telle délimitation, à laquelle il n'était pas demandé à la Cour de procéder. Cela est évident.

7. La seconde branche de la réserve est beaucoup moins claire, et c'est elle que le Japon invoquait.

Elle exclut de la compétence de la Cour tout différend maritime «arising out of, concerning, or relating to the exploitation of any disputed area of or adjacent to any such maritime zone pending its delimitation», ce qui pourrait donner en français: «[différend] découlant de, concernant, ou se rapportant à l'exploitation de tout espace disputé relevant d'une telle zone maritime ou adjacente à une telle zone dans l'attente de la délimitation de celle-ci».

8. Le Japon a cherché à convaincre la Cour de faire une application strictement littérale de cette seconde branche de la réserve.

Le différend qui oppose les Parties, a-t-il soutenu, découle de la mise en œuvre d'un programme de chasse à la baleine, donc de l'«exploitation» d'un espace maritime donné — celui où se déroulent les activités autorisées par JARPA II. Le mot «exploitation» serait d'ailleurs encore plus

I. Jurisdiction

3. Australia seised the Court on the basis of the declarations of acceptance of the latter's compulsory jurisdiction made by Australia and Japan on, respectively, 22 March 2002 and 9 July 2007. Japan has challenged the Court's jurisdiction in reliance on one of the reservations to Australia's declaration of acceptance, namely reservation *(b)*.

4. There was no discussion between the Parties — and there could not seriously have been one — regarding the well-established rule that the respondent in a case is entitled to rely on a reservation by the applicant in the instrument whereby the latter accepted the Court's jurisdiction, invoking that reservation against its author with a view to having the Court decline jurisdiction.

5. It was over the scope, in other words the interpretation, of the Australian reservation that the debate took place. The Court found that the reservation was not applicable in the present case. I agree. However, the Court reached its decision on the basis of an interpretation of the reservation which I find highly questionable.

6. In truth, the reservation is not a model of clarity. It has two limbs, linked by the conjunction "or". The first is relatively clear, seeking to exclude the Court's jurisdiction in respect of "any dispute concerning or relating to the delimitation of maritime zones including the territorial sea, the exclusive economic zone and the continental shelf" — which I would translate into French (only the English text is authentic) by: "tout différend concernant, ou se rapportant à, la délimitation de zones maritimes, y compris la mer territoriale, la zone économique exclusive et le plateau continental". The Parties agree: the dispute submitted to the Court did not concern, or relate to, the delimitation of maritime zones — meaning that such a delimitation did not constitute the actual subject-matter of the dispute, and no such delimitation was being requested of the Court. That is perfectly clear.

7. The second limb of the reservation is a lot less clear, and it is on this one that Japan relied.

It excludes from the Court's jurisdiction any maritime dispute "arising out of, concerning, or relating to the exploitation of any disputed area of or adjacent to any such maritime zone pending its delimitation", which could give in French: "[différend] découlant de, concernant, ou se rapportant à l'exploitation de tout espace disputé relevant d'une telle zone maritime ou adjacente à une telle zone dans l'attente de la délimitation de celle-ci".

8. Japan has sought to persuade the Court to apply this second limb of the reservation in a strictly literal way.

It argues that the dispute between the Parties arises out of the implementation of a whaling programme, and hence of the "exploitation" of a specific maritime area — that where the activities authorized under JARPA II are being conducted. The word "exploitation" is said to be

approprié, a fait remarquer le défendeur, dans l'optique qui est celle de l'Australie — puisque selon la demanderesse il s'agit d'activités poursuivant des fins commerciales — que dans celle du Japon — pour lequel il s'agit bien d'un programme de recherche scientifique.

Par ailleurs, une partie au moins des espaces maritimes dans lesquels se déroule le programme JARPA II est revendiquée par l'Australie au titre de sa zone économique exclusive générée par la portion du territoire antarctique qu'elle revendique également. Cette revendication est toujours pendante, et aucune délimitation n'a été opérée — ni ne peut l'être, en raison du traité sur l'Antarctique de 1959 qui gèle pendant une durée indéterminée toutes les revendications territoriales sur l'Antarctique. La teneur exacte des revendications maritimes de l'Australie n'a pas été établie par les débats, mais l'Australie n'a aucunement contesté l'existence de ces revendications, ni le fait qu'elles englobaient des espaces maritimes coïncidant, au moins partiellement, avec les zones où se déploient les activités de chasse dans le cadre de JARPA II.

En somme, le Japon a soutenu que le différend soumis à la Cour découlait de l'exploitation d'espaces maritimes faisant l'objet d'une contestation quant à leur appartenance à la zone économique exclusive de l'Australie, laquelle n'est pas encore délimitée à cet endroit, et que par conséquent la réserve australienne, prise à la lettre, était applicable.

9. Pour écarter cette application littérale, ce en quoi à mon avis elle a eu raison, la Cour a retenu deux motifs, l'un présenté comme essentiel, l'autre apparaissant comme surabondant.

A titre principal, l'arrêt relève qu'il n'existe pas de revendications concurrentes de l'Australie et du Japon sur les espaces maritimes concernés par le programme JARPA II. Or, selon la Cour, «[l']existence d'un différend relatif à la délimitation maritime entre les Etats en cause [les Parties à l'affaire] est requise aux termes de la première comme de la seconde partie de la réserve» (paragraphe 37 de l'arrêt). En d'autres termes, une condition nécessaire de l'application de la seconde branche de la réserve, invoquée par le Japon, est que les Parties à l'instance revendiquent concurremment les espaces maritimes dans lesquels a lieu l'«exploitation» qui est à l'origine du différend — et cette condition fait défaut en l'espèce.

A titre surabondant, l'arrêt relève aussi que «[l]a nature et l'étendue des zones maritimes [en cause] ne sont ... pas pertinentes aux fins du présent différend» (par. 40), ce qui signifie que la Cour n'aura nullement besoin, pour trancher l'affaire, de se prononcer sur le point de savoir quel Etat — si tant est qu'il y en ait un — détient des droits souverains sur les zones maritimes en question.

10. Je pense que la Cour aurait été mieux avisée de retenir seulement le second de ces motifs, nécessaire et suffisant en l'espèce pour justifier sa compétence.

11. Le premier motif retenu, et qui se présente clairement comme le principal, repose à mon avis sur une interprétation très discutable, et inutilement restrictive, de la réserve australienne.

peculiarly appropriate, given the view of the case taken by Australia (which maintains that these are activities carried out for commercial ends) — as opposed to the position taken by Japan, for whom this is indeed a scientific research programme.

Furthermore, at least part of the maritime areas in which JARPA II is being conducted is claimed by Australia as its exclusive economic zone, generated by the portion of Antarctic territory that it also claims. That claim is still pending, and no delimitation has been effected — nor can it be effected, thanks to the 1959 Antarctic Treaty, which freezes for an indefinite period all territorial claims over the Antarctic. The precise extent of Australia's maritime claims was not established during the debate, but Australia has never denied the existence of those claims, nor the fact that they encompass maritime areas which coincide, at least in part, with those where whaling activities under JARPA II are conducted.

In short, Japan claims that the dispute before the Court arises out of the exploitation of maritime zones which are the subject of a dispute as to whether they form part of Australia's exclusive economic zone, which has not yet been delimited in that area, and that the Australian reservation, taken literally, is accordingly applicable.

9. In order to reject that literal interpretation, in which, in my view, it was correct, the Court has relied on two grounds, one of which is presented as essential, while the other appears to be redundant.

As main ground, the Judgment finds that there are no overlapping claims by Australia and Japan in respect of the maritime areas covered by JARPA II. However, according to the Court, "[t]he existence of a dispute concerning maritime delimitation between the parties is required according to both parts of the reservation" (paragraph 37 of the Judgment). In other words, a necessary condition for the application of the second limb of the reservation, on which Japan relies, is that the Parties to the proceedings have overlapping claims on the maritime areas in which the "exploitation" underlying the dispute is taking place — and that condition is absent here.

Redundantly, the Judgment further finds that "[t]he nature and extent of the maritime zones are . . . immaterial to the present dispute" (para. 40), which means that, in order to decide the case, it is unnecessary for the Court to rule on the question of which State — if any — has sovereign rights over the maritime areas in question.

10. In my view the Court would have been better advised to rely solely on the second of these grounds, which is necessary and sufficient in this case to justify its jurisdiction.

11. The first ground relied on by the Court, and which is clearly presented as the main one, rests, in my view, on a highly questionable and unnecessarily restrictive interpretation of the Australian reservation.

Celle-ci, comme on l'a vu, comporte deux branches distinctes quoique liées entre elles dans une certaine mesure.

12. La première, celle qui vise les différends relatifs à la délimitation de zones maritimes, suppose certainement, pour être applicable, l'existence de revendications concurrentes entre les parties en cause sur les mêmes espaces; il s'agit de dénier à la Cour la compétence pour connaître d'un différend de délimitation maritime opposant l'Australie à un autre Etat.

13. En revanche, rien dans la formulation de la seconde branche, ni dans la logique qui lui est sous-jacente, ne conduit à la conclusion qu'elle ne peut trouver à s'appliquer que s'il existe des revendications concurrentes sur les mêmes espaces maritimes de la part des deux Etats parties à l'instance.

On peut raisonnablement comprendre cette seconde branche comme ayant pour objet d'exclure de la compétence de la Cour (aussi) les différends qui, sans être directement relatifs à la délimitation maritime, appelleraient de la part de la Cour une prise de position — de manière incidente — sur la consistance et l'étendue des zones maritimes relevant de l'Australie, parce qu'ils auraient pour objet l'exploitation d'un espace maritime dont l'appartenance à une telle zone donnerait lieu à une contestation toujours pendante. En somme, l'Australie ne souhaite pas que la Cour se prononce, ni directement (première branche de la réserve) ni indirectement (seconde branche), sur les limites de ses zones maritimes.

Mais à la différence de la première branche, il n'y a aucune raison — ni textuelle ni logique — pour que la seconde branche de la réserve ne puisse s'appliquer que si les deux Parties à l'affaire revendiquent concurremment les espaces maritimes concernés. En effet, on peut tout à fait concevoir une situation dans laquelle le règlement d'un différend opposant l'Australie à un autre Etat, relatif à l'exploitation d'une zone maritime revendiquée par l'Australie, conduirait la Cour à se prononcer incidemment sur le bien-fondé des revendications maritimes australiennes alors même que l'autre partie ne revendiquerait pas les espaces maritimes en cause. En pareil cas, la seconde branche de la réserve serait à mon avis applicable.

14. Je suis donc d'avis que, s'il est vrai que les deux branches de la réserve, laquelle constitue un tout, doivent se comprendre en lien l'une avec l'autre — raison pour laquelle la Cour a écarté à juste titre l'interprétation strictement littérale proposée par le Japon —, l'arrêt pousse trop loin cette unité en estimant que la seconde ne trouve à s'appliquer, tout comme la première, qu'en cas de revendications maritimes concurrentes.

Il s'agit là d'une interprétation restrictive d'autant plus regrettable que la Cour aurait pu l'éviter en se fondant seulement sur le second motif qu'elle mentionne, qui est indiscutable et suffisant en l'espèce, et en laissant ouverte toute autre question — si tant est qu'elle ait voulu demeurer prudente.

* * *

That reservation, as we have seen, contains two distinct limbs, although these are to some extent interlinked.

12. The first limb, which relates to disputes concerning the delimitation of maritime zones, undoubtedly presupposes, in order to be applicable, the existence of overlapping claims by the parties in question over the same areas; the Court is denied jurisdiction to entertain a maritime delimitation dispute between Australia and another State.

13. On the other hand, nothing in the language of the second limb, or in its underlying logic, justifies the conclusion that it can only apply where there are overlapping claims in respect of the same maritime areas by two States parties to the proceedings.

This second limb may reasonably be understood as intended (also) to exclude from the jurisdiction of the Court disputes which, without being directly related to maritime delimitation, would require the Court to take a position — incidentally — on the nature and extent of Australia's maritime zones, since the subject-matter of such disputes would be the exploitation of a maritime area in respect of which there was a pending dispute as to whether it formed part of such a zone. In short, Australia does not wish the Court to rule either directly (first limb of the reservation) or indirectly (second limb), on the limits of its maritime zones.

However, unlike the first limb, there is no reason — either in the text or in terms of logic — that the second limb of the reservation could apply only if both Parties to the case had overlapping claims to the maritime areas concerned. Indeed, one can perfectly well conceive of a situation where settlement of a dispute between Australia and another State relating to the exploitation of a maritime zone claimed by Australia would incidentally lead the Court to determine whether the Australian claim was well-founded. In such a case, the second limb of the reservation would, in my view, be applicable.

14. I accordingly take the view that, while it is true that the two limbs of the reservation, which constitute a unity, must be read in conjunction with one another — the reason that the Court correctly rejected the strictly literal interpretation proposed by Japan — the Judgment pushes that unity too far when it holds that the second limb can, like the first, apply only in a case of overlapping maritime claims.

That is a restrictive interpretation which is all the more regrettable in that the Court could have avoided it by basing itself solely on its second ground, which is incontrovertible and sufficient for purposes of the present case, while leaving any other issue open — always assuming that the Court wished to remain cautious in its approach.

* * *

II. Le fond

15. Sur le fond, mon désaccord avec l'arrêt est beaucoup plus fondamental.

16. L'affaire se présentait à la Cour dans des termes relativement simples.

La Cour avait à répondre à une question principale, qui commandait presque entièrement la solution de l'affaire: les permis spéciaux de chasse à la baleine délivrés par le Japon à partir de 2005 dans le cadre du programme JARPA II l'ont-ils été «en vue de recherches scientifiques» au sens de l'article VIII de la convention de 1946?

Une réponse affirmative, celle qu'à mon avis la Cour aurait dû donner, eût entraîné nécessairement le rejet de la quasi-totalité des prétentions de l'Australie.

La réponse négative que la Cour a cru pouvoir retenir ne pouvait au contraire que la conduire à faire droit à l'essentiel des demandes australiennes.

17. C'est donc l'application en l'espèce des mots «en vue de recherches scientifiques» qui se trouvait au cœur de la présente affaire, et c'est sur ce point que je me sépare principalement de la majorité de mes collègues.

18. Pourtant, ce n'est pas l'article VIII de la convention qui énonce les règles que le Japon était accusé par l'Australie d'avoir enfreintes. En lui-même, l'article VIII ne crée aucune obligation à la charge des Etats parties (sauf les obligations procédurales d'informer la commission et l'organisme désigné par elle des permis délivrés et des résultats des recherches scientifiques conduites en vertu de ces permis). L'article VIII a pour objet non d'imposer des obligations supplémentaires aux Etats mais de les exempter, pour les activités de chasse qu'ils autorisent et qui relèvent de ses prévisions, des obligations découlant des autres dispositions de la convention (y compris son règlement annexé). Les obligations substantielles dont l'Australie alléguait la violation par le Japon se trouvent au paragraphe 10 *e)* du règlement annexé à la convention (qui établit un moratoire sur la chasse «à des fins commerciales»), au paragraphe 10 *d)* du même règlement (qui établit un moratoire sur l'utilisation des usines flottantes) et au paragraphe 7 *b)* (qui interdit la chasse commerciale dans le sanctuaire de l'océan Austral).

19. La raison pour laquelle le paragraphe 1 de l'article VIII joue un rôle si déterminant en l'espèce est que, si les permis de chasse délivrés par le Japon dans le cadre de JARPA II ne poursuivent pas des fins de recherche scientifique, à l'encontre de ce que le Japon n'a cessé d'affirmer, alors il est inéluctable d'en déduire que les activités autorisées violent les trois dispositions (prohibitives) susmentionnées. En effet, d'une part, il est constant que la chasse autorisée dans le cadre de JARPA II se fait, entre autres, au moyen d'une usine flottante, de telle sorte qu'elle viole — si elle n'est pas couverte par l'exemption générale de l'article VIII — la prohibition résultant du paragraphe 10 *d)* du règlement pour une espèce particulière de baleines capturées par les chasseurs japonais. Et d'autre part, ni l'Australie ni le Japon n'ont prétendu que les activités de chasse autorisées dans le cadre de JARPA II pourraient poursuivre une finalité qui ne

II. The Merits

15. On the merits, my disagreement with the Judgment is a great deal more fundamental.

16. The case presented itself to the Court in relatively simple terms.

The Court had to answer a basic question, which, to all intents and purposes, governed the solution of the case: were the special whaling permits granted by Japan from 2005 under the JARPA II programme issued "for purposes of scientific research" within the meaning Article VIII of the 1946 Convention?

If so — which, in my view, is the answer that the Court should have given — that would necessarily have resulted in the dismissal of virtually all of Australia's claims.

If not — which was the response that the Court felt was correct — then, on the contrary, the only result could be broad acceptance of the Australian claims.

17. The heart of this case thus hinged on the interpretation of the words "for purposes of scientific research", and it is primarily on this point that I part company with the majority of my colleagues.

18. However, it is not Article VIII of the Convention which lays down the rules that Japan was accused by Australia of having broken. In itself, Article VIII imposes no obligation on States parties (with the exception of the procedural obligations to inform the Commission and the body designated by it of the permits granted, and of the results of the scientific research conducted under those permits). The purpose of Article VIII is not to impose additional obligations on States but to exempt them, in respect of authorized whaling activities falling within its terms, from obligations under the other provisions of the Convention (including the Schedule annexed thereto). The substantive obligations which Australia alleges to have been breached by Japan are to be found in paragraph 10 *(e)* of the Schedule annexed to the Convention (which establishes a moratorium on "commercial" whaling), in paragraph 10 *(d)* of that same Schedule (which establishes a moratorium on the use of factory ships), and in paragraph 7 *(b)* (which prohibits commercial whaling within the Southern Ocean Sanctuary).

19. The reason why paragraph 1 of Article VIII plays such a decisive role in this case is that, if whaling permits granted by Japan under JARPA II are not for the purposes of scientific research, as Japan has repeatedly claimed that they are, then it follows inevitably that the activities conducted thereunder violate the three provisions (or prohibitions) cited above. It has indeed been established that whaling under JARPA II is conducted, *inter alia*, with factory ships, so that — if it is not covered by the general exemption in Article VIII — it breaches the prohibition in paragraph 10 *(d)* of the Schedule in respect of certain species of whale taken by Japanese whalers. Moreover, neither Australia nor Japan has argued that whaling authorized under JARPA II could be for a purpose which is neither of a scientific nor of a commercial nature; it follows that, if such activities are not genuinely conducted "for purposes of scientific

soit ni de nature scientifique ni de nature commerciale, de telle sorte que, si ces activités ne sont pas conduites réellement «en vue de recherches scientifiques» — ce qui était la thèse de l'Australie —, elles constituent une violation tant du paragraphe 10 *e)* que du paragraphe 7 *b)*.

20. La Cour accepte ce postulat — que le Japon lui-même n'a pas contesté — au paragraphe 229, et elle affirme, aux paragraphes 231, 232 et 233 de l'arrêt, que «toutes les activités de chasse à la baleine qui n'entrent pas dans les prévisions de l'article VIII de la convention (hormis la chasse aborigène de subsistance) tombent sous le coup» des paragraphes 10 *e)*, 10 *d)* et 7 *b)* du règlement annexé. Je suis d'accord avec une telle affirmation, sinon sous la forme générale que lui donne l'arrêt sur la base d'une interprétation quelque peu hasardeuse de la convention, du moins dans les circonstances de la présente espèce et donc, certainement, pour les besoins de la résolution du différend soumis à la Cour.

21. Mon opinion est que l'Australie n'a pas démontré que le Japon ne poursuit pas réellement, avec le programme JARPA II, les fins scientifiques qu'il prétend poursuivre (dans l'optique de l'Australie, on pourrait même dire: «qu'il fait semblant de poursuivre»).

22. Je préciserai d'abord les points sur lesquels je ne suis pas en désaccord avec la démarche adoptée par l'arrêt, avant d'en venir à l'exposé de ma divergence essentielle.

23. En premier lieu, ma position n'est pas fondée sur l'existence d'un prétendu «pouvoir discrétionnaire» que posséderait l'Etat qui délivre des permis spéciaux pour apprécier si les activités autorisées sont bien «en vue de recherches scientifiques». Bien sûr, le texte même du paragraphe 1 de l'article VIII fait apparaître des éléments de discrétion au bénéfice de l'Etat en cause: il n'est jamais tenu de délivrer un permis, et peut librement rejeter (en tout cas du point de vue du droit international) toute demande présentée par une personne ou un organisme, quel que soit l'intérêt des recherches envisagées; s'il délivre un permis, il peut l'assortir de conditions restrictives qu'il détermine lui-même librement; il peut annuler «à tout moment» un permis accordé et jouit à cet égard d'un pouvoir discrétionnaire — toujours du point de vue du droit international, car le droit interne peut le contraindre dans une certaine mesure.

En revanche, quand il s'agit de caractériser un programme de chasse comme étant «en vue de recherches scientifiques» au sens de l'article VIII, condition essentielle à laquelle cette disposition subordonne la délivrance des permis spéciaux, on ne saurait parler d'un pouvoir discrétionnaire de l'Etat. Certes, au moment où il statue sur une demande de délivrance d'un permis spécial, l'Etat doit nécessairement porter une appréciation sur l'intérêt scientifique du projet pour la mise en œuvre duquel le permis est demandé. Mais cette appréciation n'est pas souveraine: elle se fait sous le contrôle non seulement des organes institués par la convention, mais aussi, si un différend sur ce point est porté devant un organe judiciaire ayant compétence pour en connaître, sous le contrôle du juge.

A cet égard, je n'ai rien à objecter à ce qu'écrit la Cour aux paragraphes 59 à 61 du présent arrêt.

research" — as Australia has maintained — then they constitute a breach both of paragraph 10 *(e)* and of paragraph 7 *(b)*.

20. In paragraph 229 of the Judgment the Court accepts this postulate — which Japan itself has not disputed — and states, in paragraphs 231, 232 and 233, that "all whaling that does not fit within Article VIII of the Convention (other than aboriginal subsistence whaling) is subject to" paragraphs 10 *(e)*, 10 *(d)* and 7 *(b)* of the Schedule. I agree with this statement — if not in the general terms in which the Judgment expresses it, on the basis of a somewhat questionable interpretation of the Convention — at least in the circumstances of the present case, and thus, certainly, for purposes of resolving the dispute before the Court.

21. My view is that Australia has failed to show that Japan is not genuinely pursuing, under JARPA II, the scientific aims that it claims to be pursuing (from Australia's standpoint, one might even say: "that it pretends to be pursuing").

22. I will begin by setting out the points on which I am not in disagreement with the position taken by the Judgment, before going on to explain where I essentially disagree.

23. First, my position is not based on the existence of a purported "discretionary power" of the State granting special permits to determine whether the authorized activities are indeed "for purposes of scientific research". It is true that the actual language of paragraph 1 of Article VIII does appear to give the State in question a measure of discretion: it is never required to grant a permit, and is free (in any event from the standpoint of international law) to refuse any request from an individual or a body, irrespective of the interest of the research envisaged; if it does grant a permit, it may make it subject to such conditions as it thinks fit; it may "at any time" revoke a permit granted, and enjoys discretionary power in that regard — again from the standpoint of international law, for domestic law may place certain restraints upon it.

On the other hand, in terms of characterizing a whaling programme as being "for purposes of scientific research" within the meaning of Article VIII — the essential condition to which that provision subjects the grant of special permits — one cannot speak of a discretionary power of the State. It is true that, when deciding on a request for a special permit, the State must necessarily make a determination as to the scientific value of the project for the implementation of which the permit is requested. But that power of determination is not a sovereign one: it is made subject not only to supervision by the bodies set up by the Convention, but also, if a dispute on the issue is brought before a judicial body having the relevant jurisdiction, to judicial oversight.

In that regard, I have no objection to what the Court states in paragraphs 59 to 61 of the present Judgment.

24. Mon désaccord ne porte pas non plus sur la manière, prudente, dont la Cour a abordé la notion de «recherches scientifiques» au sens de l'article VIII.

Elle a eu raison, selon moi, d'éviter de donner une définition générale et abstraite de cette notion. Plus particulièrement, c'est à juste titre qu'elle a refusé de retenir les quatre critères proposés par l'Australie sur la base du rapport d'un des experts que la demanderesse a sollicités, le professeur Mangel: pour être scientifique, une recherche devrait se fixer des objectifs précis reposant notamment sur la base d'hypothèses vérifiables; elle ne devrait, dans le contexte de la convention, recourir à des méthodes létales que si les objectifs ne peuvent pas être atteints par d'autres moyens; sa conduite devrait être soumise à un examen périodique par les pairs, et au besoin elle devrait être ajustée en conséquence de cet examen; elle devrait s'efforcer d'éviter toute répercussion négative sur les populations étudiées.

Comme le dit très justement le paragraphe 86 de l'arrêt, «ces critères semblent, pour l'essentiel, refléter ce [qu'un expert] a indiqué attendre d'un programme de recherche scientifique bien conçu, plutôt que constituer un moyen d'interpréter la notion de «recherches scientifiques» telle qu'utilisée dans la convention».

25. En outre, j'approuve pour l'essentiel la manière dont la Cour a analysé l'objet et le but de la convention, à la lumière desquels l'article VIII doit être interprété, et la conclusion qu'elle en a tirée, à savoir qu'«il n'est justifié d'interpréter l'article VIII ni dans un sens restrictif, ni dans un sens extensif», puisque la convention vise à la fois à assurer la conservation des stocks de baleines et à permettre le développement durable de l'industrie baleinière (par. 56 à 58).

26. Enfin, j'approuve l'arrêt lorsqu'il rappelle qu'«un Etat poursuit souvent plusieurs buts lorsqu'il met en œuvre une politique particulière» et que, «par conséquent, ... le fait qu'il puisse exister chez tel ou tel [représentant du gouvernement concerné] des motivations autres que la recherche scientifique n'interdit pas de conclure à la finalité scientifique d'un programme au sens de l'article VIII» (par. 97). En d'autres termes, il est possible que le Japon, en élaborant le programme JARPA II, ait été aussi sensible aux retombées favorables que la mise en œuvre de ce programme pouvait comporter du point de vue de l'activité industrielle et commerciale: cela ne suffit pas à le disqualifier au regard de l'article VIII en tant que programme de recherche scientifique. En revanche, si l'ampleur du programme était manifestement exagérée, cela tendrait à démontrer que — pour partie au moins — il ne poursuit pas des objectifs exclusivement scientifiques et — dans cette mesure en tout cas — n'est pas couvert par l'article VIII (je reviendrai plus loin sur ce dernier point).

27. J'en viens maintenant à l'exposé des raisons pour lesquelles je ne peux pas adhérer à des éléments essentiels du raisonnement suivi par la Cour et, en conséquence, à sa conclusion finale.

28. Tout d'abord, je suis d'avis que, dans une affaire comme celle-ci, le défendeur devrait bénéficier d'une assez forte présomption en sa faveur.

24. Nor does my disagreement relate to the cautious way in which the Court has addressed the notion of "scientific research" in the sense of Article VIII.

In my view the Court was correct in avoiding laying down a general, abstract definition of that notion. More particularly, it was correct in refusing to accept the four criteria proposed by Australia on the basis of the report by one of the experts retained by it, Professor Mangel: scientific research must have defined objectives based *inter alia* on verifiable hypotheses; it may only, in the context of the Convention, include the use of lethal methods if its objectives cannot be achieved by any other means; it must be periodically subject to peer review, and if necessary be modified in light of that review; it should endeavour to avoid adverse effects on the stocks studied.

As paragraph 86 of the Judgment quite correctly states, "[t]hese criteria appear largely to reflect what one expert regards as well-conceived scientific research, rather than serving as an interpretation of the term as used in the Convention".

25. Furthermore, I essentially approve of the way in which the Court has analysed the objective and purpose of the Convention, in the light of which Article VIII must be interpreted, and the conclusion which it draws, namely that "neither a restrictive nor an expansive interpretation of Article VIII is justified", since the aim of the Convention is both to ensure the conservation of whale stocks and to make possible the orderly development of the whaling industry (paras. 56 to 58).

26. Finally, I agree with the Judgment when it points out that "a State often seeks to accomplish more than one goal when it pursues a particular policy", and that, "[a]ccordingly . . . whether particular government officials may have motivations that go beyond scientific research does not preclude a conclusion that a programme is for purposes of scientific research within the meaning of Article VIII" (para. 97). In other words, it is possible that Japan, in designing JARPA II, was also sensitive to the possible positive fall-out of the programme for industrial and commercial activities: that does not suffice to disqualify it under Article VIII as a scientific research programme. On the other hand, if the scale of the programme was manifestly unreasonable, that would tend to show that — in part at least — it is not pursuing exclusively scientific objectives, and — to that extent in any event — is not covered by Article VIII (I will return later to this latter point).

27. I now come to the statement of the reasons why I cannot subscribe to the essential elements of the reasoning followed by the Court and, hence, to its final conclusion.

28. First of all, I believe that, in a case like the present one, the Respondent should enjoy a quite strong presumption in its favour.

Je ne suis pas, en règle générale, partisan de règles trop rigides en matière de charge de la preuve, et je n'ai jamais considéré que le demandeur devait, par principe, supporter exclusivement le fardeau de la preuve. Mais, dans certaines affaires, la Cour est fondée à se montrer particulièrement exigeante à l'égard de la partie qui avance certaines allégations. Tel est le cas, notamment, lorsque l'une des parties allègue que l'autre agit de mauvaise foi, puisqu'il est communément admis que la bonne foi est présumée. Or, dans la présente affaire, il est clair que le procès fait par l'Australie au Japon repose fondamentalement sur l'idée que, en élaborant et en mettant en œuvre le programme JARPA II, le Japon a agi de mauvaise foi, puisqu'il a dissimulé la poursuite d'intérêts commerciaux derrière les apparences d'un programme de recherches scientifiques.

Certes, l'arrêt s'abstient de se prononcer sur la question de la bonne foi, et même il affirme ne pas avoir à l'examiner, comme tous «les autres arguments invoqués par l'Australie» à titre subsidiaire (par. 243).

Mais si la notion de mauvaise foi est expressément présente dans les arguments présentés par l'Australie à titre subsidiaire, elle est aussi présente, implicitement mais nécessairement, dans l'argumentation qu'elle a développée à titre principal.

Je ne vois pas comment l'on peut conclure qu'un programme de chasse à la baleine qui se présente comme de nature scientifique, se propose des objectifs et met en œuvre des méthodes scientifiques, a été dûment communiqué comme tel au comité scientifique institué par la commission baleinière internationale, et dont les résultats ont donné lieu à certaines publications, n'est pas mis en œuvre «en vue de recherches scientifiques», ce qui est la thèse de l'Australie avalisée par la Cour, sans mettre au moins en doute — fût-ce implicitement — la bonne foi du défendeur. Lorsque la Cour prétend qu'elle n'a pas à se prononcer sur l'allégation de mauvaise foi avancée par l'Australie contre le Japon, et qu'en effet elle s'abstient de le faire explicitement, il me semble donc que cela relève davantage de la présentation formelle que de la réalité.

29. La présomption de bonne foi n'étant pas irréfragable, l'observation qui précède ne suffit certes pas à démontrer que la conclusion de la Cour, à savoir que les permis spéciaux délivrés par le Japon dans le cadre de JARPA II ne l'ont pas été «en vue de recherches scientifiques», est erronée.

Mais pour fonder sérieusement une telle conclusion, il aurait fallu, selon moi, disposer d'éléments particulièrement solides, que les débats n'ont pas fait apparaître, et c'est au contraire sur la base de faibles arguments, et parfois de simples doutes, suppositions ou approximations, que la Cour a cru pouvoir accueillir les prétentions de l'Australie.

30. Il est vrai que la conclusion finale de la Cour a été favorisée par deux aspects de sa démarche qui me semblent très critiquables.

31. En premier lieu, loin de faire peser la charge de la preuve sur l'Australie, la Cour se montre en permanence particulièrement exigeante à l'égard du Japon, comme si c'était le défendeur qui devait prouver son bon droit. De bout en bout, la lecture de l'arrêt donne le sentiment que c'est du Japon qu'on attend explications, démonstrations, justifications.

I am not, as a rule, in favour of excessively rigid rules in relation to the burden of proof, and I have never taken the view that the burden of proof should, in principle, be borne exclusively by the applicant. But there are instances where the Court is entitled to take a particularly demanding stance in relation to a party putting forward certain allegations. That is particularly so where one of the parties claims that the other is acting in bad faith, since there is a generally accepted presumption of good faith. However, in the present case, it is clear that the accusations levelled by Australia at Japan are fundamentally based on the notion that, in designing and implementing JARPA II, Japan acted in bad faith, in that it concealed the pursuit of commercial interests behind the outward appearances of a scientific research programme.

It is true that the Judgment refrains from ruling on the issue of good faith, and even states that this is an issue that it need not address, like all "other arguments invoked by Australia" on an alternative basis (para. 243).

However, while bad faith is expressly pleaded in Australia's alternative arguments, it is also present, implicitly but necessarily, in the argument developed by it as principal claim.

I do not see how one can conclude that a whaling programme presented as being of a scientific nature, proposing scientific objectives and implemented with scientific methods, and which has duly been communicated as such to the Scientific Committee set up by the International Whaling Commission, and whose results have been published, has not been implemented "for purposes of scientific research", but "for commercial purposes", which is the Australian thesis as endorsed by the Court, without at least casting doubt — if only implicitly — on the good faith of the Respondents. When the Court states that it need not address Australia's charge of bad faith against Japan, it seems to me that this is more a matter of formal presentation than of the reality.

29. Admittedly, since the presumption of good faith is not irrebuttable, what I have just said is not sufficient to show that the Court is wrong in its conclusion that special permits granted by Japan under JARPA II were not issued "for purposes of scientific research".

However, in order seriously to support such a finding, the Court would, in my view, have needed particularly solid evidence, which was not apparent from the debate, and it was by contrast on the basis of weak arguments, and sometimes mere doubts, suppositions or approximations, that the Court felt able to accept Australia's claims.

30. The truth is that the Court's final conclusion was favoured by two aspects of its approach which strike me as particularly open to criticism.

31. First, far from placing the burden of proof on Australia, the Court consistently showed itself particularly demanding towards Japan, as if it was the Respondent that had to prove that it was in the right. From start to finish, the Judgment gives the impression that it is from Japan that explanations, proofs and justifications are expected.

C'est ainsi, par exemple, que sur la question essentielle de la taille des échantillons l'arrêt indique que la tâche de la Cour est

> «de rechercher *si le Japon a su démontrer*, au regard des objectifs annoncés de JARPA II, l'existence d'éléments pouvant raisonnablement expliquer les tailles d'échantillon annuelles pour chacun des paramètres étudiés et ayant conduit à fixer à 850 spécimens (plus ou moins 10%) la taille globale de l'échantillon de petits rorquals» (par. 185; les italiques sont de moi),

avant de conclure plus loin (par. 198) que les éléments de preuve — il s'agit bien entendu de ceux avancés par le Japon — «n'offrent guère d'explications ni de justifications quant aux décisions ayant présidé au choix de l'objectif de capture global», ce qui constitue «une raison supplémentaire de douter que la conception de JARPA II soit raisonnable au regard de ses objectifs annoncés». En d'autres termes, c'est du Japon qu'on attend la démonstration que la taille des échantillons (le nombre de baleines dont la capture est autorisée) est proportionnée à la poursuite des objectifs annoncés et le doute à cet égard est retenu contre lui.

32. En second lieu, et plus fondamentalement encore, la Cour a adopté une méthodologie dont je dirais, pour le moins, qu'elle n'est pas convaincante.

Lorsqu'elle expose la méthode qu'elle entend suivre afin de qualifier un programme comme étant — ou non — «en vue de recherches scientifiques» au sens du paragraphe 1 de l'article VIII, la Cour indique que la question principale en l'espèce se rapporte à la locution «en vue de». Il ne suffit pas qu'un programme comporte des éléments de recherche scientifique; il faut encore qu'il soit conçu et mis en œuvre «en vue d'» une telle recherche. Jusque-là, je parviens à suivre et je n'ai rien à objecter. Mais ensuite, l'arrêt donne à cette locution («en vue de») un sens et une portée qui me paraissent s'éloigner du sens ordinaire des termes.

«En vue de», selon moi, renvoie à l'intention, aux fins recherchées, aux buts réellement poursuivis (qui peuvent être différents de ceux qui ont été proclamés). Pas selon l'arrêt. La Cour insiste au contraire sur le fait que son critère est «objectif» (par. 67), autrement dit qu'il ne s'agit pas pour elle de déceler les intentions réelles du Japon, de chercher la réalité des fins poursuivies derrière les apparences. Et elle précise — au paragraphe 88, qui est un chaînon essentiel du raisonnement — qu'un programme ne peut être regardé comme mené «en vue de» recherches scientifiques que «si les éléments de sa conception et de sa mise en œuvre sont raisonnables au regard des objectifs scientifiques annoncés»; elle ajoute que pour apprécier cette adéquation il faut tenir compte de plusieurs éléments, parmi lesquels l'ampleur du recours à des méthodes létales, les méthodes appliquées pour déterminer la taille des échantillons, la comparaison entre les tailles d'échantillon à prélever et les prises effectives, le calendrier et les résultats scientifiques obtenus, ainsi que le degré de coordination avec des projets de recherches connexes.

33. A ce stade, j'ai vraiment du mal à suivre.

Thus, for example, on the essential issue of sample size, the Judgment states that the task of the Court is

> "to examine *whether Japan*, in light of JARPA II's stated research objectives, *has demonstrated* a reasonable basis for annual sample sizes pertaining to particular research items, leading to the overall sample size of 850 (plus or minus 10 per cent) for minke whales" (para. 185; emphasis added),

before going on to conclude (para. 198) that the evidence — meaning, of course, that put forward by Japan — "provides scant analysis and justification for the underlying decisions that generate the overall sample size", which "raises further concerns about whether the design of JARPA II can be said to demonstrate on an objectively reasonable basis that it is a project for purposes of scientific research". In other words, it is Japan that is expected to show that the sample size (the authorized whale take) is proportionate to the stated objectives, and any doubt in this regard is held against it.

32. Secondly, and still more fundamentally, the Court has adopted a methodology which, to say the least, is unconvincing.

Explaining the method which it intends to follow in order to determine whether or not a programme is "for purposes of scientific research" within the meaning of paragraph 1 of Article VIII, the Court indicates that the main issue in this case relates to the expression "for purposes of". It is not sufficient that a programme includes elements of scientific research; it must also be designed and implemented "for purposes of" such research. So far, I can follow, and find nothing to object to. But the Judgment then goes on to gives this phrase ("for purposes of") a meaning and scope which seem to me to depart from the ordinary sense of the words.

In my view, "for purposes of" relates to the intention, the ends sought, the aims really pursued (which may be different from those stated). Not according to the Judgment. The Court insists, on the contrary, that its standard is an "objective" one (para. 67), in other words that it is not setting out to discover Japan's real intentions, to ascertain the reality of the aims pursued behind the outward appearances. And it explains — in paragraph 88, which is an essential link in its reasoning — that a programme can only be regarded as "for purposes of" scientific research if "the elements of [its] design and implementation are reasonable in relation to its stated scientific objectives"; it adds that, in order to determine whether these are reasonable, several elements need to be taken into account, including the scale of lethal sampling, the methodology used to select sample size, a comparison of target sample sizes and actual take, the time frame, and the programme's scientific output, as well as the extent of co-ordination with related search projects.

33. At this point, I really have difficulty in following.

La plus ou moins grande adéquation des moyens mis en œuvre aux fins poursuivies permet certainement d'évaluer la qualité d'un programme de recherches scientifiques. A cet égard, tous les éléments mentionnés au paragraphe 88 sont sans nul doute pertinents. Mais je ne vois pas comment l'on pourrait conclure, de ce qu'un programme serait critiquable en ce qui concerne l'adéquation des moyens qu'il prévoit au regard des objectifs qu'il annonce, que ce programme ne serait pas conduit «en vue de» recherches scientifiques — surtout si l'on prend soin de préciser qu'on ne recherche pas les intentions subjectives de l'Etat en cause et qu'on s'en tient à une approche strictement «objective». Même si la Cour affirme limiter son examen à ce qui est «raisonnable», elle s'engage, à ce stade de son raisonnement, dans une direction qui la conduit à s'éloigner de son rôle et à évaluer la valeur scientifique de JARPA II plutôt que de chercher à en déterminer la nature — la suite de l'arrêt le confirme amplement.

34. A mon avis, la Cour aurait dû procéder tout autrement.

Le programme JARPA II se présente comme un programme de recherche scientifique approuvé par le Japon. Il comporte des objectifs, que l'arrêt présente aux paragraphes 109 et suivants, et dont la Cour ne remet nullement en cause l'intérêt; il implique la mise en œuvre de moyens qui sont de nature scientifique, comme l'arrêt l'admet en indiquant que «les activités de JARPA II impliquant le recours au prélèvement léial de baleines peuvent être globalement qualifiées de «recherches scientifiques»» (par. 127); il a été dûment communiqué pour examen au comité scientifique avant la délivrance du premier permis à ce titre, comme la Cour le reconnaît dans la partie de l'arrêt dans laquelle elle rejette la demande de l'Australie tendant à faire juger que le Japon n'a pas respecté ses obligations au titre du paragraphe 30 du règlement (par. 238).

En conséquence, je suis d'avis que les permis délivrés au titre de JARPA II auraient dû être présumés l'avoir été «en vue de recherches scientifiques» — car on ne saurait mettre en cause la parole d'un Etat à la légère et sa bonne foi doit être présumée jusqu'à preuve du contraire — et que seuls des éléments très solides auraient pu justifier une conclusion défavorable au défendeur.

35. J'estime que l'arrêt ne démontre pas l'existence de tels éléments.

Selon moi, deux cas seulement peuvent justifier qu'un programme officiellement présenté comme de «recherche scientifique» et qui en a au moins toutes les apparences soit considéré comme n'entrant pas dans les prévisions de l'article VIII: le premier cas est celui où il apparaît qu'il n'existe manifestement aucune relation raisonnable entre les objectifs annoncés et les moyens mis en œuvre, de telle sorte que ces moyens sont manifestement inaptes à atteindre les objectifs, ce dont on peut déduire que ceux-ci ne sont pas réellement recherchés; le second est celui dans lequel la taille des échantillons fixée par le programme est manifestement excessive au regard des nécessités de la recherche compte tenu des objectifs annoncés, ce dont on peut déduire que pour partie au moins le

The extent to which the methods used match the aims pursued is certainly of assistance in assessing the quality of a scientific research programme. In this regard, all of the elements mentioned in paragraph 88 are doubtless relevant. But I do not see how one could conclude, from the fact that a programme might be criticized in terms of the appropriateness of the methods specified in light of its stated objectives, that such a programme is not conducted "for purposes of" scientific research — particularly if one has been at pains to make it clear that it is not the subjective intentions of the State in question that it is being sought to ascertain, and that a strictly "objective" approach is being applied. Even though the Court states that it is confining its examination to what is "reasonable", it is launching itself, at this stage of its reasoning, on a path which leads it to depart from its role and to assess the scientific value of JARPA II, rather than seeking to ascertain the latter's nature — and the rest of the Judgment amply confirms this.

34. In my view, the Court should have adopted an altogether different approach.

JARPA II is presented as a scientific research programme approved by Japan. It has objectives, which are set out by the Judgment in paragraphs 109 ff., and whose value is nowhere challenged by the Court; it involves the implementation of methods which are of a scientific nature — as the Judgment recognizes, when it states that "the JARPA II activities involving the lethal sampling of whales can broadly be characterized as 'scientific research'" (para. 127); it was properly submitted for examination to the Scientific Committee before the issue of the first permit, as the Court recognizes in that part of the Judgment in which it rejects Australia's request for a finding that Japan failed to comply with its obligations under paragraph 30 of the Schedule (see paragraph 238).

Accordingly, I believe that the permits granted under JARPA II should have been presumed to have been issued "for purposes of scientific research" — for a State's word cannot lightly be challenged, and its good faith must be presumed until proof of the contrary — and only very strong evidence could have justified a finding unfavourable to the Respondent.

35. I consider that the Judgment does not demonstrate the existence of such evidence.

In my view, there are only two scenarios which could justify a finding that a programme, officially presented as being "for purposes of scientific research", and which has at least every appearance of such a programme, does not fall within the terms of Article VIII. The first scenario is where it is apparent that there is clearly no reasonable relationship between the stated objectives and the means used, such that those means are manifestly unsuitable for achieving those objectives — from which it may be concluded that the programme is not genuinely seeking to achieve its stated objectives. The second scenario is where the sample size set by the programme is manifestly excessive in light of research needs, having regard to the programme's stated objectives, from which it may be

nombre de baleines dont la capture est autorisée a été fixé sur la base de motifs, ou pour la poursuite d'objectifs, non scientifiques (donc vraisemblablement commerciaux).

36. Il n'a pas été démontré selon moi qu'on se trouve ici dans un ou l'autre de ces cas.

La Cour — qui, il est vrai, a adopté une démarche particulièrement exigeante à l'égard du défendeur, puisqu'elle paraît avoir fait peser sur lui une présomption défavorable découlant de ce qu'on pourrait appeler une suspicion — a retenu des motifs à mes yeux trop faibles, et s'est exprimée par moments davantage comme le ferait un comité scientifique que comme aurait dû le faire un organe judiciaire.

37. Entre les paragraphes 128 et 222, la Cour énonce plusieurs motifs qui la conduisent à conclure, au paragraphe 227, que «les permis spéciaux au titre desquels le Japon autorise la mise à mort, la capture et le traitement de baleines dans le cadre de JARPA II ne sont pas délivrés «en vue de recherches scientifiques» au sens du paragraphe 1 de l'article VIII de la convention».

Aucun de ces motifs n'est bien convaincant en lui-même et leur addition, si elle finit par donner une impression de masse, ne saurait davantage emporter la conviction.

38. Il est reproché au Japon (par. 141 et 144) de ne pas avoir réalisé des études concernant la possibilité de recourir à des méthodes non létales au lieu et place — dans une certaine mesure — des méthodes létales dans le cadre de JARPA II, ou plutôt de ne pas avoir prouvé devant la Cour qu'il avait réalisé de telles études. C'est possible, mais, d'une part, la Cour a écarté, au paragraphe 83, la thèse de l'Australie selon laquelle, dans le cadre d'un programme de recherche scientifique, il y aurait une obligation pour l'Etat de donner systématiquement la préférence aux méthodes non létales et de ne recourir aux méthodes létales qu'en l'absence de toute autre possibilité. D'autre part, on ne voit pas en quoi le fait que l'Etat ait omis, au moment de l'élaboration d'un programme de recherche scientifique, de procéder à une étude sur un point particulier — fût-il pertinent — ôterait à ce programme son caractère scientifique. Tout au plus une telle lacune justifierait-elle une observation du comité scientifique. Mais ce n'est pas le rôle de la Cour de dire si JARPA II a été conçu de la meilleure manière (c'est le rôle du comité scientifique de procéder à une évaluation sur cette question), mais seulement de décider s'il s'agit bien d'un programme poursuivant des fins scientifiques. Quant à l'obligation pour les Etats parties de «tenir dûment compte des recommandations» de la commission baleinière internationale, laquelle a invité les Etats à «s'interroger sur la possibilité ... d'atteindre les objectifs de recherche par des méthodes non létales» (par. 83), elle ne saurait avoir pour effet, sauf à obscurcir les catégories juridiques, de transformer lesdites recommandations en décisions obligatoires.

39. L'arrêt retient aussi, à la charge du Japon, que la taille des échantillons a été fixée à un niveau supérieur à ce qui était nécessaire pour les besoins de la recherche scientifique, afin de procurer des ressources financières sup-

concluded that, in respect of at least a proportion thereof, the authorized whale take was set for reasons, or for purposes, that are non-scientific (and thus, in all probability, commercial ones).

36. In my view the Court has failed to show that either of these scenarios is present here.

It is clear that the Court has taken a particularly demanding line towards the Respondent, since it appears to have raised a negative presumption against it, deriving from what might be termed "suspicion", and has relied on grounds which in my view are too weak, and has at times expressed itself more as a scientific committee would, rather than as a judicial body should have done.

37. Between paragraphs 128 and 222, the Court sets out a number of reasons which lead it to conclude, in paragraph 227, that "the special permits granted by Japan for the killing, taking and treating of whales in connection with JARPA II" are not issued "'for purposes of scientific research' pursuant to Article VIII, paragraph 1, of the Convention".

None of these reasons is truly convincing in itself, and, while, cumulatively, they may give an impression of weight, that is ultimately not convincing either.

38. Japan is criticized (paras. 141 and 144) for not having carried out studies of the feasibility of non-lethal methods, which might — to some extent — have replaced lethal methods under JARPA II, or rather for not having proved to the Court that it had done so. That is possibly so, but, in the first place, in paragraph 83 the Court rejects Australia's contention that a scientific research programme requires a State systematically to give preference to non-lethal methods, and to have recourse to lethal methods only when other methods are not available; and furthermore, I cannot see how the fact that, when designing a scientific research programme, a State may have failed to carry out a study of a particular issue (even if that issue were relevant) would deprive that programme of its scientific character. At most, such a failure would justify an observation by the Scientific Committee. But it is not the function of the Court to decide whether JARPA II was designed as well as it might have been (that is a matter for the Scientific Committee to look into), but only to decide if this is indeed a programme pursuing scientific aims. As to the duty of States parties to "give due regard to recommendations" of the International Whaling Commission, which called upon States "to take into account whether research objectives can . . . be achieved by using non-lethal research methods" (para. 83), it cannot have the effect — which would be to confuse legal categories — of transforming those recommendations into binding decisions.

39. The Judgment further criticizes Japan for having set the sample size at a level higher than that necessary for the requirements of scientific research, in order to secure additional financial resources to finance that

plémentaires destinées à financer ladite recherche, alors que, selon la Cour, cette manière de procéder n'entre pas dans les prévisions de l'article VIII. L'argument est faible. D'une part, il repose sur une interprétation restrictive très discutable de la convention; d'autre part, et en tout état de cause, il n'est pas démontré que le Japon ait procédé ainsi. L'arrêt ne s'appuie en réalité que sur un document produit par le Japon dont la formulation est ambiguë, mais dans lequel en tout cas on ne trouve pas la claire reconnaissance que la taille des échantillons aurait été augmentée pour des raisons financières (par. 143). S'il s'agit de reprocher au Japon d'avoir préféré, dans une certaine mesure, le recours aux méthodes létales en raison de leur moindre coût — notamment parce qu'elles permettent de commercialiser une partie du produit de la chasse —, un tel reproche est probablement fondé en fait, mais certainement pas en droit: aucune règle — et l'arrêt lui-même n'en identifie aucune — n'empêche un Etat de tenir compte d'une considération de ce genre dans la conception d'un programme de recherche.

40. L'arrêt examine ensuite la question générale de la détermination de la taille des échantillons dans le programme JARPA II.

Mais la Cour n'a pas été en mesure de parvenir à la conclusion que cette taille a été fixée de manière manifestement exagérée au regard des besoins de la recherche, une telle conclusion n'étant nullement étayée par les pièces du dossier. C'est plutôt à une mise en doute du bien-fondé des choix opérés par le Japon et des méthodes retenues par lui que se livre l'arrêt. Mais, même si le doute est permis, cela ne saurait suffire à démontrer l'absence de caractère scientifique des fins poursuivies par le programme JARPA II, ni dans sa totalité ni même en partie.

41. L'arrêt s'interroge, à cet égard, sur la différence importante entre les objectifs de capture retenus dans le programme JARPA, qui a précédé celui qui est en cause en l'espèce, et les tailles d'échantillon retenues dans JARPA II. Pour l'espèce des petits rorquals tout spécialement, la différence est importante: on est passé de 400 à 850 prises annuelles. La Cour exprime son scepticisme sur les explications avancées par le Japon. Celui-ci a fait valoir que JARPA II avait des objectifs plus ambitieux que son prédécesseur; mais, selon la Cour, il y a «davantage de ressemblances que de différences» entre les deux programmes (par. 151). Par ailleurs, une autre raison de «douter que l'augmentation de la taille de l'échantillon de petits rorquals ... soit due à des différences entre les deux programmes» est que le Japon a lancé JARPA II sans attendre les résultats de l'évaluation finale de JARPA réalisée par le comité scientifique (par. 154). On est encore ici au niveau des interrogations, des doutes, des suppositions. Rien de bien solide.

42. La Cour se penche ensuite longuement sur les méthodes permettant de déterminer la taille des échantillons nécessaire à la réalisation des objectifs de recherche. Elle se livre à des calculs d'une particulière complexité, et les présente notamment sous la forme d'un tableau et d'un diagramme (aux paragraphes 165 et 182).

Mais aussi sophistiqués soient-il, ces calculs ne permettent pas à la Cour de parvenir clairement à la conclusion que la taille des échantillons a été

research, an approach which, according to the Court, does not fall within the terms of Article VIII. That is a weak argument. First, it is based on a very questionable restrictive interpretation of the Convention; secondly, and in any event, it has not been shown that Japan did adopt such an approach. In reality, the Judgment relies solely on a document produced by Japan the language of which is ambiguous, but in which, in any event, no clear admission can be found that the sample size was increased for financial reasons (para. 143). If Japan is reproached with having, to a certain extent, favoured lethal methods because they are less expensive — *inter alia* because they enable some of the whale catch to be sold — such criticism may well be justified in factual terms, but certainly not in law: there is no rule — and the Judgment itself fails to identify one — which prevents a State from having regard to a consideration of this kind in designing a research programme.

40. The Judgment then goes on to examine the general question of the setting of sample sizes under JARPA II.

However, the Court was unable to reach a finding that the size of the sample was manifestly excessive in light of research needs, since there was no support for such a conclusion in the evidence before it. It is rather on the basis of its doubt as to the justification for the choices made by Japan and the methods adopted by it that the Judgment addresses the matter. However, even if a certain doubt is permissible, that cannot suffice to show that the aims pursued by JARPA II are unscientific, whether wholly or even in part.

41. In this regard, the Judgment queries the significant difference between the catch totals set under JARPA, the programme preceding that in issue here, and the sample sizes set under JARPA II. For minke whales in particular, the difference is substantial, increasing from an annual take of 400 to 850. The Court expresses its scepticism on the explanations given by Japan, namely that JARPA II had more ambitious aims than its predecessor. However, according to the Court, there is "considerable overlap . . . rather than dissimilarity" between the two programmes (para. 151). An additional reason cited "to question whether the increased minke whale sample size . . . is accounted for by differences between the two programmes " is that Japan launched JARPA II without waiting for the results of the Scientific Committee's final review of JARPA (para. 154). Here again we are dealing with queries, doubts, suppositions. Nothing truly solid.

42. The Court then goes on to discuss at some length ways of calculating the sample size necessary to achieve the research targets. It conducts a series of particularly complex calculations, which it presents, *inter alia*, in the form of a table and a graphic (see paragraphs 165 and 182).

But however sophisticated, such calculations do not suffice to enable the Court to reach the clear conclusion that the sample size was set at a

fixée à un niveau manifestement excessif. Ils ne font que nourrir des doutes, des incertitudes et des soupçons. Il est vrai que les explications fournies par le Japon manquent de clarté et de transparence, et qu'il subsiste un certain flou sur la manière dont il a procédé pour fixer la taille des échantillons. L'expert cité par le Japon, le professeur norvégien Walløe, a lui-même admis devant la Cour que «les scientifiques japonais n'[avaient] pas toujours fourni d'explications complètement claires et transparentes sur la manière dont la taille des échantillons [avait] été calculée ou déterminée». Mais le même expert a déclaré que, selon ses propres calculs, l'ordre de grandeur de la taille d'échantillon retenue pour les petits rorquals (ceux dont le nombre de captures autorisées est de loin le plus important) était «correct».

Quant à la Cour, la seule conclusion qu'elle soit à même de formuler au terme de longs développements (au paragraphe 198) est que «les éléments de preuve relatifs à la taille [des échantillons] n'offrent guère d'explications ni de justifications quant aux décisions ayant présidé au choix de l'objectif de capture global», et que c'est une «raison supplémentaire de douter que la conception de JARPA II soit raisonnable au regard de ses objectifs annoncés». Encore des doutes, provenant du constat de certaines lacunes ou faiblesses, mais rien qui vienne étayer solidement la conclusion que JARPA II ne poursuit pas réellement les fins scientifiques qui lui sont assignées.

43. Ensuite, l'arrêt fait grand cas de la discordance entre les objectifs fixés dans le programme JARPA II quant au nombre de captures et les prises effectives. Ces dernières sont très inférieures aux objectifs. La Cour y trouve curieusement une raison supplémentaire de dénier à JARPA II le caractère d'un programme conduit «en vue de recherches scientifiques».

Les raisons de cette différence sont connues, et l'arrêt les mentionne (par. 206). Le Japon a renoncé à la capture des baleines à bosse à la suite d'une demande du président de la commission baleinière internationale, comme gage de bonne volonté. Quant aux deux autres espèces, la différence entre les objectifs et les prises effectives s'explique en très grande partie par le type de navires choisi, impropre à la capture des rorquals communs, et par divers actes de sabotage organisés par certains groupes hostiles à la chasse à la baleine qui ont empêché que les objectifs de capture des petits rorquals soient atteints.

44. On voit mal, cependant, en quoi le fait que le Japon n'ait pas réalisé, au cours de ces dernières années, les objectifs de capture qu'il avait assignés au programme JARPA II permet de conclure que ce programme a perdu son caractère scientifique, et encore moins d'estimer qu'il n'a jamais eu un tel caractère.

Le raisonnement de la Cour est, en substance, le suivant (par. 209 à 211). D'une part, puisque le programme JARPA II a continué malgré un nombre de prises effectives très inférieures aux objectifs initiaux, cela tend à démontrer que ces objectifs avaient été fixés à un niveau excessif et non pas selon les exigences de nécessité et de proportionnalité, et cela «accrédite encore la thèse de l'Australie selon laquelle la détermination des tailles d'échantillon de petits rorquals obéissait à des considérations

manifestly excessive level. All they can do is to raise doubts, uncertainties and suspicions. It is true that the explanations provided by Japan lack clarity and transparency, and that a certain vagueness remains as to how the sample size was fixed. The expert called by Japan, Professor Walløe from Norway, himself admitted to the Court that "the Japanese [had] not always given completely transparent and clear explanations of how sample sizes were calculated or determined". However, he then indicated that, on the basis of his own calculations, the minke whale sample size (that being by far the largest) was "of the right magnitude".

As for the Court, the only finding that it was able to reach (in paragraph 198), after a lengthy discussion of the matter, was that "the evidence relating to . . . sample size . . . provides scant analysis and justification for the underlying decisions that generate the overall sample size", and that this "raises further concerns" about "whether the design of JARPA II can be said to demonstrate on an objectively reasonable basis that it is a project for purposes of scientific research". Further concerns, deriving from a finding of certain flaws or weaknesses, but nothing to provide solid support for the conclusion that JARPA II is not genuinely pursuing its purported research aims.

43. The Judgment then highlights the discrepancy between the targets set under JARPA II and the actual number of whales taken, which is far below the target totals. Strangely, the Court regards this as a further reason to find that JARPA II is not a programme conducted "for purposes of scientific research".

The reasons for this discrepancy are known, and the Judgment refers to them (para. 206). Japan agreed to give up catching humpback whales following a request by the Chair of the International Whaling Commission, as a mark of goodwill. As regards the other two species, the discrepancy between target and actual catches can be largely attributed to the choice of vessels, which were unsuitable for taking minke whales, and to acts of organized sabotage by certain groups opposed to whaling, which prevented the target take for minke whales from being achieved.

44. It is difficult to see, however, how the fact that, in recent years, Japan has failed to achieve the target takes under JARPA II can justify the finding that the programme has ceased to be a scientific one, and still less that it has never been a scientific programme.

The Court's reasoning (in paragraphs 209-211) is, in substance, as follows. First, because JARPA II has continued despite actual catches being far smaller than the original targets, that tends to show that those targets had been fixed at an excessively high level and not in accordance with the requirements of need and proportionality, which "adds force to Australia's contention that the target sample size for minke whales was set for non-scientific reasons". Secondly, the zero or negligible take for two of

qui n'étaient pas scientifiques». D'autre part, l'absence ou la rareté des prises pour deux des trois espèces concernées affaiblit l'argument du Japon, selon lequel l'augmentation importante des objectifs de capture des baleines appartenant à la troisième espèce (les petits rorquals) dans le programme JARPA II s'explique par l'introduction dans ce programme d'un objectif scientifique de recherche sur la concurrence entre les espèces, qui n'existait pas dans le programme précédent.

La Cour résume sa pensée dans la formule suivante:

> «Le fait que le Japon continue, en dépit des différences entre les tailles d'échantillon prévues et les prises effectives, de s'appuyer sur les deux premiers objectifs de JARPA II pour justifier les tailles d'échantillon ... et qu'il déclare en outre que ces volumes de capture très réduits peuvent néanmoins générer des résultats significatifs sur le plan scientifique, jette un doute supplémentaire sur le fait que JARPA II soit un programme en vue de recherches scientifiques.» (Par. 212.)

Encore le doute. Mais un doute, et même une accumulation de doutes, suffit-il pour faire une preuve? Selon moi, et au cas d'espèce en tout cas, on en est très loin. Au surplus, l'affirmation selon laquelle la réalisation partielle d'un programme de recherche ne prive pas celui-ci de la capacité de produire des résultats scientifiquement significatifs ne me paraît guère contestable, et je n'y vois rien qui soit de nature à alimenter d'aussi graves soupçons.

45. Il est vrai que la Cour parachève sa démonstration par trois arguments ultimes, sous le titre «autres aspects», mais dont je suis obligé de dire qu'ils ne sont guère plus solides que les précédents: le programme JARPA II ne comporte pas de limite dans le temps — mais je ne vois pas bien d'où vient l'idée qu'un programme de recherche ne peut revêtir un caractère scientifique que s'il est limité dans le temps; les résultats obtenus dans le cadre de JARPA II n'ont fait l'objet jusqu'à présent que d'un petit nombre de publications dans les revues scientifiques — mais cela ne suffit pas à fonder le constat que le programme n'est pas conduit en vue de recherches scientifiques, tout au plus ce pourrait être l'indice qu'il y a eu des faiblesses ou des défauts dans sa conception; le Japon n'a pas donné beaucoup d'exemples de coopération entre l'institut chargé du programme JARPA II et d'autres organismes de recherche, ce qu'il aurait été, selon la Cour, «permis d'escompter» — mais on est encore ici dans une critique de la manière de conduire la recherche plutôt que dans une contestation convaincante de son caractère scientifique.

46. Même ajoutés les uns aux autres, les griefs que la Cour adresse au Japon sont très loin de permettre de conclure, selon moi, que le programme JARPA II n'a pas été conçu et mis en œuvre «en vue de recherches scientifiques» au sens du paragraphe 1 de l'article VIII de la convention, ce qui est la conclusion que tire la Cour au paragraphe 227.

Et ce, pour deux raisons essentielles: les doutes ne sont pas des preuves; les défauts méthodologiques dans la conception d'un programme scientifique ne lui retirent pas son caractère scientifique, et ne lui impriment pas une finalité commerciale.

the three species concerned casts doubt on Japan's argument that the significant increase in the target take for the third species of whale (minke whales) under JARPA II can be explained by the introduction into that programme of research on inter-species competition, which was absent from the preceding one.

The Court summarizes its position as follows:

> "Japan's continued reliance on the first two JARPA II objectives to justify the target sample sizes, despite the discrepancy between the actual take and those targets, coupled with its statement that JARPA II can obtain meaningful scientific results based on the far more limited actual take, cast further doubt on the characterization of JARPA II as a programme for purposes of scientific research." (Para. 212.)

Once again, doubt. But is a doubt, or even an accumulation of doubts, sufficient to constitute proof? In my view, in any event in the present instance, that is very far from being the case. What is more, it seems to me hardly disputable that the fact that a research programme has been only partially achieved does not deprive it of the ability to produce scientifically significant results, and I can see nothing here that could provide support for such grave suspicions.

45. It is true that the Court completes its demonstration with three concluding arguments, under the head of "additional aspects", but which I have to say that I do not find any stronger than the preceding ones: JARPA II has an open-ended time frame — but I cannot see where anyone might get the idea that a research programme can only be "scientific" if it is for a fixed period; publication of research results from JARPA II in scientific journals has been extremely limited — but that does not suffice to justify a finding that the programme is not being conducted for purposes of scientific research, at most it could be an indication of weaknesses or flaws in its design; Japan has given few examples of co-operation between the institution responsible for JARPA II and other research institutions, which, according to the Court, "could have been expected" — but we are still dealing here with criticism of the way the research has been conducted, rather than a convincing challenge to its scientific character.

46. Even taken together, the Court's criticisms of Japan are very far, in my view, from justifying a finding that JARPA II was not designed and implemented "for purposes of scientific research", which is the conclusion that the Court reaches in paragraph 227.

And I believe this to be the case for two basic reasons: doubts are not proof; methodological flaws in the design of a scientific programme do not deprive it of its scientific character, nor do they stamp it with a commercial purpose.

47. Je regrette d'autant plus le parti que la Cour a choisi de prendre que, ce faisant, elle a négligé l'apport aux débats, selon moi remarquable, de l'expert cité par le Japon, le professeur norvégien de renommée internationale Lars Walløe. Ce dernier a démontré son indépendance d'esprit en critiquant, devant la Cour, certains des aspects, cependant mineurs, du programme JARPA II — l'arrêt d'ailleurs en tire argument contre le défendeur à plusieurs reprises. Cela ne rend que plus crédible, à mon avis, l'ensemble de sa déposition. Or, le professeur Walløe a affirmé que «les deux programmes JARPA et JARPA II ont fourni des informations précieuses aux fins de la mise en œuvre de la RMP (la procédure de gestion revisée, outil de gestion des stocks de baleines utilisé par la commission baleinière internationale) dans sa version actuelle ou d'éventuelles améliorations de cette procédure» et que «ces programmes apportent des informations capitales sur les évolutions qui s'opèrent actuellement dans l'écosystème de l'Antarctique».

En ce qui concerne la taille des échantillons, le professeur Walløe a indiqué, lors des audiences, qu'il ignorait comment les scientifiques japonais avaient procédé exactement, mais que, ayant fait ses propres calculs pour déterminer, entre autres, la taille des échantillons nécessaire pour observer des changements relatifs à l'âge et la maturité sexuelle — paramètres particulièrement intéressants — sur une période de six ans, il a constaté «que le nombre de baleines nécessaires pour pouvoir observer un changement était de l'ordre de 900».

48. Je n'ignore pas que le professeur Walløe étant un expert cité par l'une des Parties, la Cour ne pouvait pas tenir pour vraies, sans autre examen, toutes ses déclarations, alors même que d'autres experts, cités par la Partie adverse, exprimaient des avis différents.

Mais je pense que le fait qu'un homme de science de cette réputation exprime sans ambages son appréciation positive quant à l'intérêt scientifique des recherches conduites dans le cadre de JARPA II et quant au caractère raisonnable des tailles d'échantillon fixées (sauf, a-t-il dit, pour l'espèce des rorquals communs dont le nombre de captures prévues était trop faible pour donner des résultats significatifs) aurait dû peser grandement dans le jugement porté par la Cour sur la nature même de JARPA II.

Tel aurait été certainement le cas si la Cour, au lieu d'essayer de tenir le rôle d'une sorte de comité scientifique recherchant dans le détail ce qui, dans le programme JARPA II, pourrait être considéré comme un défaut ou une lacune dans sa conception ou sa mise en œuvre, s'était bornée à répondre à la seule question de savoir si les activités en cause étaient menées en vue de recherches scientifiques — que celles-ci soient excellemment ou imparfaitement conçues — et si elle n'avait pas appliqué au défendeur, de manière sous-jacente, un préjugé défavorable.

(Signé) Ronny ABRAHAM.

47. I particularly regret the stance that the Court has chosen to adopt, inasmuch as, in so doing, it has ignored the contribution — in my view, a remarkable one — from the expert called by Japan, the internationally renowned Norwegian professor, Lars Walløe. Professor Walløe demonstrated his independence in openly criticizing certain aspects — albeit minor ones — of the JARPA II programme; and indeed the Judgment has cited these several times in support of its argument against the Respondent. That, in my view, only serves to enhance the overall credibility of his evidence. Professor Walløe stated that "both JARPA and JARPA II have given valuable information for the possible implementation of the current version of RMP [the Revised Management Procedure, the stock management tool used by the International Whaling Commission] and for possible future improvements of RMP", and that "the programmes are giving critical information about the ongoing changes in the Antarctic ecosystem".

As regards sample size, Professor Walløe stated at the hearings that he did not really know how the Japanese scientists had calculated them, but that, on the basis of his own calculations to determine, *inter alia*, the necessary sample size to assess changes in age and sexual maturity — which were parameters of particular interest — over a period of six years, he found that "to get any detectable you would need in the order of magnitude [of] 900 whales".

48. I am well aware that, since Professor Walløe was an expert called by one of the Parties, the Court could not simply accept the truth, without further enquiry, of everything he said, when other experts, called by the opposing Party, expressed differing views.

However, I believe that the fact that a scientist of this renown unequivocally expresses his positive view of the scientific value of the research carried out under JARPA II, and of the reasonableness of the sample sizes set (with the exception, as he stated, of fin whales, for which the sample size was too small to give significant results) ought to have carried substantial weight in the Court's assessment of the true nature of JARPA II.

That would certainly have been the case if the Court, instead of attempting to function as a sort of scientific committee, seeking to enquire in detail into what aspects of JARPA II could be regarded as design or implementation flaws or deficiencies, had confined itself simply to answering the question of whether the activities concerned were conducted for purposes of scientific research — regardless of whether they were brilliantly or poorly designed. And if the Court had not applied an underlying negative preconception in its treatment of the Respondent.

(Signed) Ronny ABRAHAM.

DECLARATION OF JUDGE KEITH

1. As my votes indicate, I agree with the conclusions the Court has reached. I also agree generally with the reasons it has given in reaching those conclusions. My purpose in this declaration is to address three matters in support of those reasons:

(a) the broader context in which the case is to be seen;
(b) the extent of the power of a Contracting Government to grant a special permit under Article VIII of the Convention and the related issue of the standard of review to be applied by the Court in the event of a dispute about the grant of particular permits;
(c) the application of that standard of review to the facts of the present case.

A. The Broader Context

2. In the 65 years the International Convention for the Regulation of Whaling (hereinafter "the Convention") has been in force, there have been massive changes both in the operation of the whaling industry and in attitudes and policies towards whaling. Under the Schedule, as in effect at the outset, the total allowable annual catch in the waters south of 40 degrees south latitude was 16,000 blue whales, or 32,000 fin whales or 40,000 humpback whales. (No provision was originally made in respect of minke whales.) By 1965 the taking of blue whales had been prohibited, and by 1972 the limit for Antarctic minke whales had been set at 5,000. These limits are two of the many manifestations of the exercise by the International Whaling Commission of its powers of regulation. Such binding action could be taken, if the necessary majority was available, subject to the power of a Contracting Government to object, with the consequence that it would not be bound by the new regulation.

3. In 1972, the year the 5,000 limit on the take of minke whales was introduced, the United Nations Conference on the Human Environment, held in Stockholm, recommended a ten-year moratorium on commercial whaling. As some of the nine original members of the Commission, which were all whaling nations at the outset, abandoned whaling and new mem-

DÉCLARATION DE M. LE JUGE KEITH

[Traduction]

1. Ainsi qu'il ressort de mon vote, je souscris aux conclusions auxquelles la Cour a abouti. Je suis aussi globalement d'accord avec les motifs avancés à l'appui de ces conclusions. Dans la présente déclaration, je me propose simplement de revenir sur trois aspects intervenus dans le raisonnement de la Cour:

a) le contexte large dans lequel il convient de replacer l'affaire;
b) l'étendue du pouvoir de délivrer des permis spéciaux en vertu de l'article VIII de la convention dont jouissent les gouvernements contractants et la question connexe du critère d'examen que la Cour doit appliquer en cas de différend relatif à la délivrance de tels permis;
c) l'application de ce critère d'examen aux faits de l'espèce.

A. Le contexte plus général

2. Au cours des soixante-cinq ans écoulés depuis que la convention est entrée en vigueur, l'industrie baleinière a connu une évolution considérable, de même que les attitudes à l'égard de la chasse à la baleine et les politiques dans ce domaine. Le règlement annexé à la convention, tel qu'en vigueur dans les premiers temps, autorisait un nombre de prises annuelles de 16 000 pour les baleines bleues, 32 000 pour les rorquals communs ou encore 40 000 pour les baleines à bosse dans les eaux situées au sud du 40e degré de latitude sud (la prise de petits rorquals ne faisant initialement l'objet d'aucune réglementation). Dès 1965, la capture de baleines bleues fut néanmoins interdite et, dès 1972, une limite de capture de 5000 spécimens fut fixée pour les petits rorquals de l'Antarctique, deux décisions emblématiques des nombreuses manifestations de l'exercice par la commission baleinière internationale (ci-après dénommée la «CBI» ou la «commission») de ses pouvoirs de réglementation. De telles mesures contraignantes pouvaient être adoptées, à condition d'être votées à la majorité requise et étant entendu qu'un gouvernement contractant avait la faculté d'élever une objection et de se soustraire ainsi à la nouvelle réglementation.

3. En 1972, année où fut introduite, et fixée à 5000 spécimens, la limite de capture pour les petits rorquals, les participants à la conférence des Nations Unies sur l'environnement, qui se tenait à Stockholm, recommandèrent l'adoption d'un moratoire de dix ans sur la chasse commerciale. Alors que certains des neuf membres initiaux de la commission, qui

bers, with extensive NGO support, joined the Commission, the votes favouring a moratorium grew. As the Judgment recounts, the moratorium was adopted in 1982. Many factors, commercial, scientific, technological, environmental, political and others, no doubt lay behind that decision. Those factors are also manifested in the very many zero catch limits now to be found in the tables in the Schedule. Today's Schedule is in very sharp contrast to that which operated 65 years ago. It is hard to imagine that those who in 1946 proposed and adopted the new "effective administrative machinery" anticipated it being used in such dramatic ways. They might think it strange that a power established to regulate an ongoing industry had been used virtually to prohibit it; compare, e.g., *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica* v. *Nicaragua) (Judgment, I.C.J. Reports 2009*, p. 249, para. 87 (1)).

4. Those Contracting Governments which engaged in whaling and took that view had a number of options open to them. They could withdraw from the Convention by giving notice under its terms, as some did. They could exercise their right to object to the measures, as, again, a number of States, including Japan, did. They could seek to amend the Convention, but that possibility has not been pursued. Or they could challenge the lawfulness of a particular measure, again a course not taken.

5. Over the last 30 years, the membership of the Commission has again changed, with an increase of those Contracting Governments which support whaling, as well as of those which are opposed. It has been possible for those on each side of the argument about whaling to complain that the Commission has become over politicized. One consequence has been that the Commission has become deadlocked and has recently decided to meet only every second year.

6. I conclude this introductory passage by putting the current dispute, brought before the Court for decision in accordance with international law, in the broader context of methods of peaceful settlement of international disputes. From 2007 until 2010 there were extensive attempts through *The Future of the IWC Process* to resolve through negotiations a range of matters, including the dispute which is now before the Court. That process however failed. It ended just days after Australia filed its Application in this case. The Chair of the Support Group, when reviewing the process, particularly paid tribute to the United States of America for its energy and leadership during the negotiating process, and to Japan for its huge commitment and its willingness for compromise. Japan

tous étaient des nations baleinières, renonçaient peu à peu à la chasse à la baleine, de nouveaux membres, fortement appuyés par certaines ONG, rejoignaient la commission, venant grossir en son sein les rangs des partisans du moratoire. Celui-ci, comme le rappelle la Cour dans son arrêt, fut adopté en 1982. Il ne saurait faire de doute que de nombreux facteurs — d'ordres commercial, scientifique, technologique, environnemental, politique et autre — ont motivé cette adoption, facteurs dont témoignent également les très nombreux cas de limites de capture fixées à zéro que l'on trouve aujourd'hui dans les tableaux du règlement annexé à la convention. Ce règlement, à l'heure actuelle, est ainsi très différent de celui qui était en vigueur voici soixante-cinq ans et il est difficile d'imaginer que ceux qui, en 1946, étaient favorables à l'adoption d'un nouveau «mécanisme administratif efficace» en aient anticipé une utilisation aussi drastique. Ils auraient pu juger pour le moins étrange qu'un mécanisme établi pour réglementer une industrie existante soit quasiment utilisé pour en interdire les activités; cf., par exemple, l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua) (arrêt, C.I.J. Recueil 2009*, p. 249, par. 87 1)).

4. Les gouvernements contractants qui se livraient à la chasse à la baleine et partageaient un tel point de vue avaient néanmoins à leur disposition plusieurs possibilités. Ils pouvaient se retirer de la convention, en adressant la notification de retrait prévue à cet effet, et certains l'ont fait. Ils pouvaient exercer leur droit de présenter une objection contre les mesures adoptées et, de même, un certain nombre d'Etats — dont le Japon — l'ont fait. Ils avaient aussi la possibilité de proposer des modifications aux termes de la convention, mais aucun Etat ne s'en est prévalu. Enfin, ils avaient la faculté de contester la licéité de telle ou telle mesure, mais, là encore, aucun d'entre eux n'en a usé.

5. Au cours des trente dernières années, la composition de la commission a une fois de plus évolué, avec une augmentation du nombre de gouvernements contractants favorables à la chasse à la baleine, mais également d'opposants à cette pratique, de sorte qu'on a pu entendre, de part et d'autre, que la commission était désormais trop politisée; en conséquence de cette polarisation, la commission se trouve maintenant dans l'impasse, et a récemment décidé de ne se réunir qu'une fois tous les deux ans.

6. Je conclurai ce passage introductif en replaçant le présent différend, soumis pour règlement à la Cour conformément au droit international, dans le contexte plus large des méthodes de règlement pacifique des différends internationaux. Entre 2007 et 2010, nombreuses ont été les tentatives de régler par voie de négociations, dans le cadre du *Processus sur l'avenir de la CBI*, un ensemble de problèmes, y compris la question aujourd'hui en litige devant la Cour. Si ces tentatives ont fait long feu, le processus prenant fin quelques jours seulement après le dépôt, par l'Australie, de sa requête en la présente instance, le président du groupe de soutien, lorsqu'il est revenu sur ce processus, a tout particulièrement rendu hommage aux Etats-Unis d'Amérique pour l'énergie et l'esprit

referred to this assessment several times during the written and oral pleadings. Australia said nothing at all about it.

B. The Extent of the Power to Grant a Special Permit and the Standard of Review

7. I see the extent of the power of the Contracting Government to grant a special permit and the extent of the power of the Court to review the grant as being essentially interrelated. The wider the power of the Contracting Government the more limited the power of the Court to review. For me, three features of the power conferred on Contracting Governments by Article VIII (I) of the Convention are significant. The first is that the wording of the provision at its core is not subjective. It does not say that a Contracting Government may grant a special permit for "what it considers to be" scientific research. The non-appearance of those words is emphasized by the subjective wording appearing at the end of that sentence — "as the Contracting Government thinks fit". Such wording was, for instance, in issue in the *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* case, where the Court nevertheless considered that it had some power of review (*(Djibouti* v. *France), Judgment, I.C.J. Reports 2008*, p. 229, para. 145). That case is helpful in a second and more important way since the assessment there by the relevant State authority was based on that State's own assessment of prejudice to its "essential interests". The assessment here, by contrast, relates to a much more concrete matter — a programme for the purposes of scientific research relating to whales and associated matters. A third feature is the common interest of all the Contracting Governments in the operation of the Convention with the related roles of the IWC and its Scientific Committee. Those features all indicate for me real limits on the power of the Contracting Government to grant a special permit. A fourth significant matter bearing directly on the Court's exercise of its power of review in this case is the extensive body of information in the record before it about the process which led to the range of decisions to establish the JARPA II programme and about its implementation.

8. As the Judgment indicates, the positions of the Parties and the Intervener on the standard of review have evolved over the course of the proceedings (paras. 62-69). While in general I agree with the test stated by

d'initiative dont ils avaient fait preuve à cette occasion, et au Japon pour sa participation active et son empressement à trouver un compromis. Le Japon a plusieurs fois évoqué cette appréciation dans ses écritures et à l'audience, mais l'Australie n'en a rien dit.

B. L'ÉTENDUE DU POUVOIR DE DÉLIVRER UN PERMIS SPÉCIAL ET LE CRITÈRE D'EXAMEN

7. Je considère qu'il existe un lien étroit entre l'étendue du pouvoir reconnu à un gouvernement contractant de délivrer des permis spéciaux et l'étendue du pouvoir reconnu à la Cour d'examiner les permis ainsi délivrés. Plus grand sera le pouvoir du gouvernement contractant, plus limité sera le pouvoir d'examen de la Cour. A cet égard, trois aspects du pouvoir conféré aux gouvernements contractants par le paragraphe 1 de l'article VIII de la convention me semblent devoir être soulignés, le premier étant que la disposition qui confère ce pouvoir n'est pas formulée en termes subjectifs. Il n'est pas indiqué qu'un gouvernement contractant peut délivrer un permis spécial au titre de ce qu'il «estime» relever de la recherche scientifique, omission dont le caractère délibéré me semble ressortir du contraste avec la clause subjective — «que le gouvernement contractant jugera opportune» — qui est employée à la fin de la proposition. La question de l'élément de subjectivité introduit par le libellé d'une disposition s'est notamment posée en l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (*Djibouti c. France*), *arrêt, C.I.J. Recueil 2008*, p. 229, par. 145), où la Cour s'est néanmoins estimée dotée d'un certain pouvoir d'examen. Ce précédent — et ce sera mon deuxième point — est également pertinent à un autre égard, plus important, car l'appréciation faite dans ce contexte par l'autorité étatique compétente s'appuyait sur l'évaluation, par l'Etat en question lui-même, d'un préjudice causé à ses «intérêts essentiels». Or, le pouvoir dont il s'agit d'apprécier l'exercice en l'espèce porte sur des questions plus concrètes: la réalisation d'un programme mené en vue de recherches scientifiques sur les baleines et des questions connexes. Le troisième aspect qui me paraît important réside dans l'intérêt commun qu'ont tous les gouvernements contractants à un bon fonctionnement de la convention, ce dont témoignent les rôles conférés à la commission et au comité scientifique. Ces trois aspects attestent selon moi l'existence de réelles limites au pouvoir qu'a un gouvernement contractant de délivrer des permis spéciaux. Un autre élément a par ailleurs une incidence directe sur l'exercice par la Cour de son pouvoir d'examen en la présente espèce: les très nombreux éléments versés au dossier, qui nous renseignent sur le processus ayant conduit aux diverses décisions relatives à l'établissement du programme JARPA II et à la mise en œuvre de celui-ci.

8. Ainsi qu'il ressort de l'arrêt, les positions des Parties et de l'Etat intervenant sur le critère d'examen ont évolué au fil de la présente procédure (par. 62-69). Si je suis globalement d'accord avec le critère énoncé par la

the Court, I formulate it in this way: Is the Contracting Government's decision to award a special permit objectively justifiable in the sense that the decision is supported by coherent scientific reasoning? The test does not require that the programme be "justified", rather, that on the record it is justifiable. Nor is it for the Court to decide on the scientific merit of the programme's objectives nor whether its design and implementation are the best possible means of achieving those objectives. But it does have the role of assessing, in the light of the features of the power mentioned in the previous paragraph, the evidence to see whether it demonstrates coherent scientific reasoning supporting central features of the programme. Such tests, like that stated by the Court, become clearer as they are applied to the facts in issue.

C. The Application of the Standard of Review to the Facts

9. Subject to one matter of emphasis, I have nothing to add to the reasons given in support of the conclusions reached by the Court relating to the decisions taken by the Japanese authorities regarding the use of lethal methods as opposed to non-lethal ones (paras. 128-144) and the determination of the sample sizes (paras. 147-198); and relating to the comparison of the sample size to the actual take (paras. 199-212). The matter of emphasis is that for me the evidence demonstrates a failure by the Japanese authorities even to address central matters involved in the initial design and ongoing implementation of the programme.

10. In respect of the decisions regarding the use of lethal methods and non-lethal ones, I see as critical the failure of Japan to provide any evidence of any studies which it undertook of the use of non-lethal methods through the long period running from the planning of the programme to the present day (see in particular paragraphs 136-141). The Court did, by contrast, receive evidence from the two experts called by Australia about the enhancement and wider use over that time of non-lethal methods which were capable of being used for at least some of the objectives of the programme.

11. So far as the determination of the sample sizes is concerned, the lack of any clear explanation in the record for the choices of a 12-year research period for two of the species and of six years for the other means, as I see the matter, that those aspects of the decision which are critical for the sizes of the samples of the different species are not supported by coherent scientific reasoning. Among the objectives of the programme are inter-species competition and ecosystem research (paras. 176-178). A similar lack of explanation appears in respect of the choice of annual sample sizes of 50 for each of the humpback and fin species when the Research

Cour, j'aurais quant à moi tendance à le formuler ainsi: la décision du gouvernement contractant de délivrer un permis spécial peut-elle se justifier objectivement en ce sens qu'elle est étayée par un raisonnement scientifique cohérent? Ce critère ne nécessite pas que le programme soit «justifié», mais qu'il puisse se justifier au vu des éléments versés au dossier. La Cour n'a pas non plus à statuer sur le bien-fondé scientifique des objectifs du programme ni sur la question de savoir si la conception et la mise en œuvre de celui-ci constituent le meilleur moyen possible d'atteindre ces objectifs. En revanche, son rôle est de déterminer si, à la lumière des caractéristiques du pouvoir de délivrer des permis mises en évidence au paragraphe précédent, les éléments de preuve dont elle dispose démontrent que les grandes lignes du programme reposent sur un raisonnement scientifique cohérent. De tels critères, à l'instar de celui énoncé par la Cour, deviennent plus clairs à mesure qu'ils sont appliqués aux faits de l'espèce.

C. L'APPLICATION DU CRITÈRE D'EXAMEN AUX FAITS DE L'ESPÈCE

9. A une exception près, je n'ai rien à ajouter aux motifs avancés à l'appui des conclusions auxquelles aboutit la Cour quant au choix des autorités japonaises d'utiliser des méthodes létales plutôt que des méthodes non létales (par. 128-144), aux tailles d'échantillon retenues (par. 147-198) ou encore à la comparaison entre les objectifs de capture et les prises effectivement réalisées (par. 199-212). Ce que je tiens toutefois à souligner, c'est qu'il ressort selon moi du dossier que les autorités japonaises n'ont même pas réfléchi à certains problèmes fondamentaux soulevés par la conception initiale puis par la mise en œuvre du programme.

10. S'agissant du choix de recourir à des méthodes létales ou non létales, je juge déterminant le fait que le Japon n'ait fourni aucun élément attestant qu'il aurait réalisé des études sur l'utilisation de méthodes non létales au cours de la longue période allant du stade de la planification du programme à aujourd'hui (voir, en particulier, les paragraphes 136-141). Or, les deux experts cités par l'Australie ont témoigné devant la Cour de l'amélioration et de la généralisation, au cours de cette même période, des méthodes non létales qui peuvent désormais être utilisées pour atteindre certains au moins des objectifs poursuivis par le programme.

11. Pour ce qui est de la détermination des tailles d'échantillon, l'absence de tout élément d'explication clair dans le dossier justifiant le choix de retenir une période de recherche de douze ans dans le cas de deux des espèces, et de six pour la dernière, implique, à mon sens, que ce choix n'est pas fondé sur un raisonnement scientifique cohérent, sachant que, parmi les objectifs annoncés du programme, figure l'étude de la concurrence entre espèces et de l'écosystème (par. 176-178). Les explications sont tout aussi inexistantes en ce qui concerne le choix de fixer à 50 spécimens la taille de l'échantillon annuel de baleines à bosse et de rorquals

Plan for the programme called for a take of at least 131 of each species for the purpose of one of the objectives (para. 179).

12. I next see as significant the essential failure of Japan to explain in a persuasive manner the big increase in the target for minke whales from JARPA to JARPA II. On the one hand, it said that the new objectives were a major reason, when they do not appear to be clearly distinct from the objectives of JARPA as they existed in the last part of that programme; but, on the other, it emphasized the need for continuity in moving from the first to the second programme (paras. 147-156). It does not appear to me to be scientifically credible to maintain both of those arguments at one and the same time.

13. Finally, I consider the difference between the sample size and the actual take. I see it as significant that, while Japan has continued to issue special permits for the taking of the same numbers of the three species throughout the programme, except for 2005 and 2006 in respect of fin and humpback whales, it has never reported to the IWC and in particular to the Scientific Committee on the consequences of the much reduced takes of minke whales and fin whales and the nil take of humpback whales for the design and implementation of the programme (paras. 209-212). The Annexes to Japan's Counter-Memorial in the part concerned with documents which it issued (Anns. 133-159) include only three possibly relevant documents submitted to the IWC or its Scientific Committee (Anns. 152, 153 and 156) and none on its face addresses those changes and the possible consequences for the research. Only one of them dates from the time of the full-scale operation of JARPA II and does no more than list publications arising from JARPA II as well as from JARPA. That failure is to be seen in the context of the requirements of paragraph 30 of the Schedule and the duty of co-operation with the IWC and its Scientific Committee which, as the Court notes, both Parties and the intervening State recognize (paras. 83 and 240).

14. To summarize, the evidence before the Court, as I read it, does not show that the Japanese authorities in planning and implementing the programme have given any real consideration or indeed any consideration at all to the central elements of the programme discussed above. Accordingly, and for the reasons also given by the Court, I conclude that the programme does not fall within the scope of Article VIII (1) and that, as a consequence, the actions of Japan, taken in terms of the programme, for the killing, taking and treating of whales under it, breach paragraph 10 *(e)*, paragraph 10 *(d)* and paragraph 7 *(b)* of the Schedule.

(Signed) Kenneth KEITH.

communs, alors que le plan de recherche de JARPA II indiquait qu'il était nécessaire, pour atteindre l'un des objectifs annoncés, d'envisager de prélever, pour chacune de ces espèces, un minimum de 131 individus par an (par. 179).

12. Je juge également significatif le fait que le Japon n'ait nullement expliqué de manière convaincante la hausse sensible du volume de captures de petits rorquals entre JARPA et JARPA II. Si, d'un côté, il invoque principalement l'existence de nouveaux objectifs — qui, cependant, ne semblent guère différents de ceux de JARPA, tels qu'ils existaient dans les derniers temps de ce programme —, de l'autre, le Japon met en avant la nécessité d'assurer une continuité d'un programme à l'autre (par. 147-156). Or, je vois mal comment l'on peut, sur un plan scientifique, défendre simultanément l'un et l'autre de ces arguments.

13. Pour finir, je voudrais revenir sur les différences entre les tailles d'échantillon et les volumes réels de captures. Il me paraît notable que, s'il a continué de délivrer des permis spéciaux prévoyant la prise d'un nombre de spécimens qui, pour les trois espèces, est resté identique tout au long du programme — si ce n'est en 2005 et en 2006 en ce qui concerne les rorquals communs et les baleines à bosse —, le Japon n'a jamais rendu compte à la CBI et, en particulier, à son comité scientifique, des conséquences qu'aurait, pour la conception et la mise en œuvre du programme, la différence entre les chiffres annoncés et les prises effectives de petits rorquals et de rorquals communs, sans parler de l'absence de capture de baleines à bosse (par. 209-212). Les annexes du contre-mémoire reproduisant les documents publiés par le Japon (annexes 133-159) ne contiennent que trois documents soumis à la CBI ou à son comité scientifique qui auraient pu être pertinents (annexes 152, 153 et 156), mais aucun, *a priori*, n'aborde la question de cette différence et de ses éventuelles conséquences pour les travaux de recherche. L'un seulement date de l'époque où JARPA II était pleinement opérationnel, mais il se contente d'énumérer les publications liées à ce programme, ainsi qu'à JARPA. Or, ce manquement doit être apprécié à la lumière des prescriptions du paragraphe 30 du règlement et du devoir de coopération avec la CBI et son comité scientifique qui, comme le relève la Cour, a été reconnu par les deux Parties et par l'Etat intervenant (par. 83 et 240).

14. Pour résumer, les éléments versés au dossier ne montrent pas, selon moi, que les autorités japonaises auraient, au stade de la planification ou de la mise en œuvre du programme, accordé une grande — voire la moindre — attention aux aspects essentiels de celui-ci tels qu'ils ont été évoqués ci-dessus. Pour ces raisons, comme pour celles exposées par la Cour, j'aboutis à la conclusion que le programme ne relève pas des prévisions du paragraphe 1 de l'article VIII et que, par conséquent, les mesures prises en application de celui-ci en vue de tuer, capturer et traiter des baleines l'ont été en violation des paragraphes 10 *e)*, 10 *d)* et 7 *b)* du règlement.

(Signé) Kenneth KEITH.

DISSENTING OPINION OF JUDGE BENNOUNA

[English Original Text]

Interpretation of the Convention — Discretionary power of State party — Reasonableness of a whaling programme "for purposes of scientific research" — Aim of a whaling programme "for purposes of scientific research" — Choice between lethal and non-lethal methods — Determination of sample sizes — Bases for the Court's findings — Need to decide whether JARPA II is of a "commercial" nature — JARPA II not of a "commercial" nature — Court substituting itself for Convention bodies — Co-operation between States parties to the Convention.

To my great regret, I have had to vote against points 2, 3, 4, 5 and 7 of the Judgment's operative paragraph, since I do not agree with the majority's interpretation of the relevant provisions of the International Convention for the Regulation of Whaling of 2 December 1946 (hereinafter the "Convention") and of the Schedule annexed thereto (hereinafter the "Schedule").

I regret, in particular, that the majority has failed to adhere to the methods of interpretation envisaged by the Vienna Convention on the Law of Treaties (Arts. 31 and 32), which have the status of customary law, and has consequently failed to confine itself to a strictly legal analysis of the Parties' obligations. I know that the issue of whaling is one that carries a heavy emotional and cultural charge, nourished over the centuries by literature, mythology and religious writings. This background was indeed evoked before the Court, but the judges, while they cannot ignore it, are bound, by virtue of their function, to ensure that it does not impinge in any way on their strictly legal analysis. The best way for the Court to contribute to the promotion of co-operation between the States concerned is to do justice by applying international law, in accordance with its Statute.

Unfortunately, the approach adopted by the majority remains somewhat "impressionistic", inasmuch as it rests essentially on queries, doubts and suspicions, based on a selection of indicators from among the mass of reports and scientific studies.

The Convention was adopted in 1946, in a context very different from that in which the Court is called upon to interpret and apply it today. The consumption of whale meat has fallen dramatically, so as to have become negligible, and the whaling industry has declined accordingly. The fact nonetheless remains that, when interpreting a provision of the Convention, the Court is bound to take account of the objectives set out in its Preamble, in particular the conservation and sustainable development of whale stocks. The Court cannot content itself with stating that "neither a restrictive nor an expansive interpretation of Article VIII is justified", and

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE BENNOUNA

[Texte original français]

Interprétation de la convention — Pouvoir discrétionnaire d'un Etat partie — Caractère raisonnable d'un programme de chasse «en vue de recherches scientifiques» — Finalité d'un programme de chasse «en vue de recherches scientifiques» — Choix entre les méthodes létales et non létales — Détermination de la taille des échantillons — Fondements des conclusions de la Cour — Nécessité d'examiner le caractère «commercial» de JARPA II — Absence de caractère «commercial» de JARPA II — Substitution aux organes créés par la convention — Coopération des Etats parties à la convention.

A mon grand regret, j'ai dû voter contre les points 2, 3, 4, 5 et 7 du dispositif de l'arrêt, dans la mesure où je suis en désaccord avec l'interprétation, par la majorité, des dispositions pertinentes de la convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine (ci-après la «convention»), du 2 décembre 1946, et du règlement annexé à celle-ci (ci-après le «règlement»).

Je regrette, en particulier, que la majorité ne s'en soit pas tenue aux méthodes d'interprétation prévues par la convention de Vienne sur le droit des traités (art. 31 et 32), qui ont valeur coutumière et, par conséquent, à une analyse strictement juridique des obligations des Parties. Je sais que la question de la chasse à la baleine est empreinte d'une grande charge émotionnelle et culturelle, nourrie au travers des siècles par la littérature, les récits mythologiques et les textes religieux. Cet arrière-plan a certes été évoqué devant la Cour et les juges, lesquels, s'ils ne peuvent l'ignorer, sont tenus, de par leur fonction, de veiller à ce qu'il n'interfère d'aucune manière dans la stricte analyse juridique. La contribution de la Cour à la poursuite, dans les meilleures conditions, de la coopération entre les Etats concernés est de rendre la justice en appliquant le droit international, ainsi que le prévoit son statut.

Malheureusement, l'approche retenue par la majorité demeure quelque peu «impressionniste», dans la mesure où elle procède essentiellement d'interrogations, de doutes, de soupçons, à partir d'indices sélectionnés dans la masse des rapports et des expertises scientifiques.

La convention a été adoptée en 1946 dans un contexte très différent de celui où la Cour est appelée à l'interpréter et à l'appliquer. La consommation de viande de baleine a énormément diminué, au point de devenir négligeable, et l'industrie baleinière a décliné en conséquence. Il n'en demeure pas moins que, lorsqu'elle interprète l'une des dispositions de la convention, la Cour est tenue de prendre en compte les objectifs inscrits dans le préambule, et notamment la conservation et le développement durable des stocks de baleines. Elle ne peut se contenter d'affirmer qu'il «n'est justifié d'interpréter l'article VIII ni dans un sens restrictif, ni dans

that programmes for purposes of scientific research "may pursue an aim other than either conservation or sustainable exploitation of whale stocks" (Judgment, para. 58). But we are not concerned here with the issue of whether the interpretation should be "restrictive" or "expansive", but rather with determining "the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose" (Vienna Convention, Art. 31, para. 1).

What the Court has to do is to confront Article VIII, as an integral part of the Convention, with the latter's object and purpose, and to ask itself whether, in light of its ordinary meaning, the research programme, in this case JARPA II, is fully covered by this provision.

Furthermore, Article VIII must be analysed in the context of the other provisions of the Convention and of its Schedule, as amended since its adoption. Under that Article, any State party may "grant to any of its nationals a special permit authorizing that national to kill, take and treat whales for purposes of scientific research", subject to such conditions as it "thinks fit". In so doing, the State in question is not required to comply with the other provisions of the Convention, in particular those relating to commercial whaling. At the time when the Convention was adopted, the only concern was to regulate and not to prohibit this category of whaling. And it was for that reason that the power given to a State party to grant permits "for scientific research" was a very wide one, since commercial whaling was regulated by the Convention and subject to compliance with the latter's objectives. As long as it remained within the framework of scientific research, the Government concerned was free to decide on the use to be made of the proceeds from the sale of killed and processed whales. It is implicit that any proceeds from the sale of such whales must be allocated to the objective of scientific research, which lies at the heart of Article VIII, and which justifies the exemption of the State party concerned from all of the other obligations relating to the regulation of commercial whaling.

I accept, as the Court points out (Judgment, para. 61), that a State party's discretionary power under Article VIII of the Convention does not mean that the killing, taking and treating of whales depends "simply on that State's perception".

I am likewise of the view that a State party, in exercising this power, must satisfy itself that "the programme's design and implementation are reasonable in relation to achieving its stated objectives", and that "[t]his standard of review is an objective one" (*ibid.*, para. 67).

The wide normative power which Article VIII nevertheless gives to States parties in issuing permits is offset by the supervision exercised by the central body established by the Convention, namely the International Whaling Commission (Convention, Art. III) (hereinafter the "Commission"), assisted by the Scientific Committee. Thus, under the terms of paragraph 3 of Article VIII, the State concerned

> "shall transmit to such body as may be designated by the Commission, in so far as practicable, and at intervals of not more than one year,

un sens extensif», et que les programmes menés à des fins de recherche scientifique «peuvent poursuivre un but autre que la conservation ou l'exploitation durable des stocks de baleines» (arrêt, par. 58). Or, il ne s'agit pas de se demander si l'interprétation doit être faite dans un sens «restrictif» ou «extensif», mais plutôt de rechercher quel est «le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans son contexte et à la lumière de son objet et de son but» (convention de Vienne, art. 31, par. 1).

Il s'agit de confronter l'article VIII, en tant que partie intégrante de la convention, à l'objet et au but de celle-ci, et de se demander, à la lumière du sens ordinaire de cette disposition, si le programme de recherche, en l'occurrence JARPA II, s'y inscrit pleinement.

Par ailleurs, l'article VIII doit être analysé dans le contexte des autres dispositions de la convention et de son règlement annexé, tel qu'il a été modifié depuis son adoption. Selon cet article, l'Etat partie peut «accorder à ses ressortissants un permis spécial autorisant l'intéressé à tuer, capturer et traiter des baleines en vue de recherches scientifiques» à de telles conditions qu'il «jugera opportunes». Ce faisant, l'Etat partie n'est pas tenu de se conformer aux autres dispositions de la convention, notamment celles relatives à la chasse commerciale. Il ne s'agissait, à l'époque de l'adoption de la convention, que de réglementation et non de prohibition de cette catégorie de chasse. Et c'est pour cela que le pouvoir donné à l'Etat partie d'accorder des permis «en vue de recherches scientifiques» était très large, puisque la chasse commerciale était réglementée par la convention, dans le cadre du respect des objectifs de celle-ci. Tant que l'on restait dans le cadre de la recherche scientifique, le gouvernement concerné pouvait décider de l'utilisation du produit de la vente des baleines capturées et traitées. Il est implicite que le produit éventuel de la vente de ces baleines devra être affecté à l'objectif de la recherche scientifique, qui est au cœur de l'article VIII, et qui justifie l'exemption de l'Etat partie de toutes les autres obligations relatives à la réglementation de la chasse commerciale.

J'admets, comme le souligne la Cour (arrêt, par. 61), que le pouvoir discrétionnaire de l'Etat partie, au titre de l'article VIII de la convention, ne signifie pas que le fait de tuer, capturer et traiter des baleines dépend «simplement de la perception qu'en a cet Etat».

Je suis également d'avis que l'Etat partie s'assurera, dans l'exercice de ce pouvoir, que «la conception et la mise en œuvre du programme sont raisonnables au regard de ses objectifs déclarés» et que «ce critère d'examen revêt un caractère objectif» (*ibid.*, par. 67).

Le large pouvoir normatif dans la délivrance des permis spéciaux, qui est néanmoins consenti à l'Etat partie par l'article VIII, est compensé par un contrôle de la part de l'institution centrale, créée par la convention, à savoir la commission internationale de la chasse à la baleine (convention, art. III) (ci-après la «commission»), assistée par le comité scientifique. En effet, aux termes du paragraphe 3 de l'article VIII, l'Etat concerné

> «devra transmettre à l'organisme que la commission pourra désigner à cet effet, à des intervalles d'un an au maximum, les renseignements

scientific information available to that Government with respect to whales and whaling, including the results of research conducted pursuant to paragraph 1 of this Article and to Article IV".

The Judgment recognizes that Japan has complied with its procedural obligations in relation to the Commission and to the Scientific Committee, in particular by submitting proposals of special permits prior to their granting, as required under paragraph 30 of the Schedule.

Clearly, the Commission's adoption in 1982 of the moratorium on commercial whaling (Schedule, para. 10 *(e)*, the number of whales to be taken for commercial purposes being set at zero), which entered into force during the 1985-1986 season, would have an impact on the meaning and structure of the provisions of the Convention and its Schedule. Japan, having initially opposed the moratorium, withdrew its objection in 1987. However, we should not lose sight of the fact that the moratorium was, by definition, only a provisional decision, pending an evaluation, envisaged for 1990, which ultimately never took place.

In parallel with its acceptance of the moratorium, Japan launched its JARPA research programme. However, there is nothing to lead one to suppose, *a priori*, as was suggested by Australia (Judgment, para. 101), that this was a way of continuing commercial whaling under a different legal guise. In reality, there was nothing surprising in itself about the launch of JARPA, since the moratorium on commercial whaling now prevented access to certain kinds of information about whales, which were needed for scientific research. It has, however, been established that research on whale stocks, and in particular on their diet, had an important role to play as a source of knowledge of the marine ecosystem and its resources. Moreover, in 2006 the Commission did not dispute JARPA's contribution in this regard. In any event, as the Judgment correctly points out, the operation and legality of JARPA are not at issue here (*ibid.*, para. 99). What is in fact at issue here is JARPA II, which succeeded JARPA with effect from the 2005-2006 season.

The legality of this second programme has been challenged before the Court by Australia, which claims that it is not "a programme for purposes of scientific research within the meaning of Article VIII of the Convention", and that, in authorizing and implementing it, Japan has been in breach of paragraph 10 *(e)* of the Schedule on the moratorium on commercial whaling, of paragraph 7 *(b)* on the Southern Ocean Sanctuary, and of paragraph 10 *(d)* on the moratorium on factory ships.

The position adopted by the majority is thus a surprising one, since it amounts to devoting the essence of the reasoning to showing that JARPA II is not a programme "for purposes of scientific research", while ultimately avoiding the issue of what the true aim of such a programme is.

The Court begins by declining to establish a definition of the notion of "scientific research", of which there is not one in the Convention. As regards the definition proposed by the experts, the Court considers that it

de caractère scientifique dont il disposera sur les baleines et la chasse à la baleine, y compris les recherches effectuées en vertu du paragraphe 1 de cet article et de l'article IV».

L'arrêt reconnaît que le Japon s'est acquitté de ses obligations procédurales à l'égard de la commission et du comité scientifique, notamment en soumettant, préalablement à leur délivrance, les propositions de permis spéciaux, en vertu du paragraphe 30 du règlement.

Il est évident que l'adoption, en 1982, par la commission, du moratoire sur la chasse commerciale (règlement, par. 10 *e)*, le nombre des captures de baleines à des fins commerciales étant fixé à zéro), entré en vigueur pendant la saison 1985-1986, allait avoir un impact sur le sens et l'agencement des dispositions de la convention et de son règlement. Le Japon, qui s'y est opposé à l'origine, a retiré son objection en 1987. Cependant, il ne faut pas perdre de vue que ce moratoire n'était, par définition, qu'une décision provisoire, dans l'attente d'une évaluation, prévue en 1990, laquelle n'aura jamais lieu.

Le Japon a lancé, parallèlement à son acceptation du moratoire, le programme de recherche JARPA. Mais rien ne laissait supposer, *a priori*, comme cela a été suggéré par l'Australie (arrêt, par. 101), que c'était une façon de poursuivre la chasse commerciale sous une autre couverture juridique. En réalité, le lancement de JARPA n'avait rien de surprenant en soi puisque le moratoire sur la chasse commerciale interdisait désormais l'accès à un certain nombre d'informations sur les baleines, pour les besoins de la recherche scientifique. Or, il est établi que la recherche sur les peuplements baleiniers, et notamment sur leur régime alimentaire, était importante pour la connaissance de l'écosystème marin et de ses ressources. La commission n'a d'ailleurs pas contesté, en 2006, l'apport de JARPA à cet égard. Quoi qu'il en soit, l'arrêt rappelle, à juste titre, que la Cour n'est pas appelée à se prononcer sur le fonctionnement et la légalité du programme JARPA (*ibid.*, par. 99). Ce qui est en cause, en effet, c'est le programme JARPA II qui lui a succédé, à partir de la saison 2005-2006.

La légalité de ce second programme a été contestée devant la Cour, par l'Australie, qui considère que celui-ci n'est pas un programme mené «en vue de recherches scientifiques» au sens de l'article VIII de la convention et que, en l'autorisant et en l'exécutant, le Japon a violé le paragraphe 10 *e)* du règlement sur le moratoire sur la chasse commerciale, le paragraphe 7 *b)* sur le sanctuaire de l'océan Austral et le paragraphe 10 *d)* sur le moratoire sur l'utilisation des usines flottantes.

Dès lors, la démarche de la majorité devient surprenante, puisqu'elle revient à consacrer l'essentiel du raisonnement à démontrer que JARPA II n'est pas un programme «en vue de recherches scientifiques», en évitant, en fin de compte, de se demander quel est l'objectif réel poursuivi par un tel programme.

La Cour se refuse tout d'abord à établir une définition de la notion de «recherches scientifiques», celle-ci ne figurant pas dans la convention. Quant à la définition proposée par les experts, elle a été considérée comme

is not applicable in the present case (Judgment, para. 86). However, immediately afterwards, the Court undertakes an analysis of the meaning of the phrase "for purposes of scientific research" (*ibid.*, para. 87), which might be regarded as something of a paradox. In effect, the Court seeks to determine the purpose of a given activity without having first clarified what that activity consists of. This is a perilous exercise, all the more so since what it turns out to consist in is a discussion of whether the design and implementation of the programme "are reasonable in relation to its stated scientific objectives" (*ibid.*, para. 88).

It becomes apparent, reading the Court's subsequent reasoning, that in reality it fails to apply the test of correspondence between the programme's objectives, on the one hand, and its design and implementation on the other. Thus the Judgment (in paragraphs 135 to 156) essentially undertakes a comparison between JARPA and JARPA II, in order to conclude that the latter has not been conducted "for purposes of scientific research". And this is said to be because the programme has utilized lethal methods, when it could have had greater recourse to non-lethal methods. However, nowhere does the majority demonstrate the existence of a requirement on the State concerned to give priority to non-lethal methods in the conduct of scientific research.

The Court seeks to remedy the lack of such an obligation by invoking (Judgment, para. 144) the inadequacy of Japan's analysis of non-lethal methods, and its failure to give due regard to IWC resolutions and Guidelines, despite the fact that, by their nature, these are not binding upon that State. We may well ask ourselves how a legal obligation can derive from the inadequacy of an analysis, or from a failure to have regard to acts of international bodies which carry no normative force in relation to those to whom they are addressed.

In my view, a State is perfectly entitled, for purposes of scientific research, to eschew the use of non-lethal methods if it considers them too costly and, if need be, to fund the costs of research out of the proceeds from the sale of the whales taken and processed.

But the Court does not stop there in its comparison between JARPA and JARPA II. It queries the latter's scale, again by reference to the former (*ibid.*, paras. 145 to 156). It concludes this comparison by noting "weaknesses in Japan's explanation" (*ibid.*, para. 156), relying largely on these to justify the assumption made about Japan's intention:

> "These weaknesses also give weight to the contrary theory advanced by Australia — that Japan's priority was to maintain whaling operations without any pause, just as it had done previously by commencing JARPA in the first year after the commercial whaling moratorium had come into effect for it." *(Ibid.)*

Despite having proceeded on the premise that it would not define scientific research, the majority then, however, engages in a detailed analysis of

inapplicable en l'espèce (arrêt, par. 86). Mais, la Cour s'engage, aussitôt après, dans l'analyse du sens de l'expression «en vue de recherches scientifiques» (*ibid.*, par. 87), ce qui, en soi, peut paraître paradoxal. En effet, il s'agit d'établir ce qui est destiné à la réalisation d'une activité donnée sans avoir clarifié, au préalable, le contenu de l'activité en question. L'exercice est périlleux et il le sera d'autant plus qu'il va consister à se demander si la conception et la mise en œuvre du programme «sont raisonnables au regard des objectifs scientifiques annoncés» (*ibid.*, par. 88).

On s'aperçoit, dans la suite du raisonnement, que le test de la correspondance entre les objectifs, d'un côté, et la conception ainsi que la mise en œuvre, de l'autre, n'est pas réellement utilisé. En effet, l'arrêt (par. 135 à 156) se livre essentiellement à une comparaison entre JARPA et JARPA II pour estimer que le second n'a pas été mené «en vue de recherches scientifiques». Et cela pour la raison qu'il aurait recouru à des méthodes létales alors qu'il aurait pu se fonder plus largement sur des méthodes non létales. Mais, la majorité n'avance nulle part l'existence d'une obligation imposant à l'Etat concerné de donner la priorité à des méthodes non létales dans la conduite des recherches scientifiques.

Afin de pallier l'absence de cette obligation, la Cour évoque (arrêt, par. 144) l'insuffisance de l'analyse menée par le Japon en ce qui concerne le recours à des méthodes non létales et la non-prise en considération par celui-ci des résolutions et lignes directrices de la CBI, alors que celles-ci ne s'imposent pas, en tant que telles, à cet Etat. On peut se demander comment une obligation juridique peut découler d'une insuffisance d'analyse ou d'une non-prise en considération d'actes d'organismes internationaux qui n'ont pas de caractère décisionnel à l'égard de leurs destinataires.

A mon avis, l'Etat a parfaitement le droit, pour les besoins de la recherche scientifique, d'écarter les méthodes non létales, s'il les estime trop onéreuses, et de couvrir éventuellement le coût de la recherche par le produit de la vente des captures.

Mais, la Cour ne s'arrête pas là dans son œuvre de comparaison de JARPA et de JARPA II. Elle s'interroge sur l'ampleur de ce dernier par référence, de nouveau, au premier (*ibid.*, par. 145 à 156). Elle en vient, au terme de cette comparaison, à noter des «faiblesses de l'explication avancée par le Japon» (*ibid.*, par. 156) et à cautionner pratiquement le procès d'intention qui a été fait à ce pays:

> «Ces faiblesses tendent également à accréditer la thèse de l'Australie, à savoir que la priorité du Japon était d'assurer la continuité de ses activités de chasse à la baleine, comme il l'avait déjà fait en lançant JARPA dans l'année qui suivit l'entrée en vigueur du moratoire sur la chasse commerciale.» *(Ibid.)*.

Alors que la majorité avait avancé comme postulat qu'elle n'allait pas définir la recherche scientifique, elle va cependant s'engager dans une

sample sizes for each species, identifying five stages in this process, illustrated by statistical studies (Judgment, paras. 157 to 202).

At the close of this whole arduous and complex discussion, the Court concludes that "this raises further concerns about whether the design of JARPA II is reasonable in relation to achieving its stated objectives" (*ibid.*, para. 198). These concerns are based on a very elaborate structure of statistics and studies, but a series of concerns cannot result in certainty, namely that there has been a legal breach of an international obligation.

Is it possible, nonetheless, to exclude all reasonable doubt by comparing sample sizes and actual catches?

Having undertaken such an exercise (*ibid.*, paras. 199 to 211), the Court again asserts that the discrepancy noted between sample sizes and the actual take of whales "cast[s] further doubt on the characterization of JARPA II as a programme for purposes of scientific research" (*ibid.*, para. 212). Thus, the Judgment, having again noted this discrepancy in the case of minke whales, goes on to state that "[t]his adds force to Australia's contention that the target sample size for minke whales was set for non-scientific reasons" (*ibid.*, para. 209). In other words, if Japan had taken all the whales provided for in the sample, that would have sufficed to make the programme a credible one "for purposes of scientific research". Such a finding would, moreover, contradict the previous emphasis on the priority of non-lethal methods over lethal methods.

In its final conclusion on the issue of whether JARPA II has been conducted for purposes of scientific research (*ibid.*, paras. 223 to 227), the Court finds that "the use of lethal sampling per se is not unreasonable in relation to the research objectives of JARPA II" (*ibid.*, para. 224), but it is only by comparing the latter with JARPA that it finds that the size of the samples for minke whales has been significantly increased, even though, in absolute terms, the proportion of whales actually taken was limited. Thus, in relation to the minke whale population, which numbers between 338,000 and 1,486,000 individuals (Memorial of Australia, Vol. I, para. 2.116), the actual total take of minke whales for the entire JARPA II programme did not exceed 3,264 individuals (*ibid.*, Fig. 6, and Counter-Memorial of Japan, pp. 178 and 181).

Are all of these concerns and queries sufficient for the Court to conclude that JARPA II was not designed and implemented "for purposes of scientific research" (Judgment, para. 227)?

The Court then addresses (*ibid.*, para. 228) Australia's contentions regarding Japan's breaches of the Schedule, namely the moratorium on commercial whaling (para. 10 *(e)*), the factory ship moratorium (para. 10 *(d)*), and the prohibition on commercial whaling in the Southern Ocean Sanctuary (para. 7 *(b)*). One might have expected, at this stage in the reasoning, that the Court would ask itself whether JARPA II was designed and implemented for commercial purposes. Indeed, the Conven-

analyse détaillée de la détermination des tailles d'échantillon pour chaque espèce en distinguant cinq étapes, dans ce processus, illustrées par des études statistiques (arrêt, par. 157 à 202).

A l'issue de tous ces développements, ardus et complexes, la Cour en arrive à considérer que «c'est là une raison supplémentaire de douter que la conception de JARPA II soit raisonnable au regard de ses objectifs annoncés» (*ibid.*, par. 198). Il s'agit là d'un doute supplémentaire, construit à partir de statistiques et d'études très élaborées, mais une série de doutes ne peut permettre de parvenir à une certitude, celle établissant la violation, en droit, d'une obligation internationale.

Peut-on, cependant, aller au-delà de tout doute raisonnable, par une comparaison entre les tailles d'échantillon et les prises effectives?

La Cour se livre à cet exercice (*ibid.*, par. 199 à 211) pour affirmer de nouveau que la différence constatée entre tailles d'échantillon et prises effectives jette «un doute supplémentaire sur le fait que JARPA II soit un programme en vue de recherches scientifiques» (*ibid.*, par. 212). Ainsi, l'arrêt, après avoir rappelé cette différence pour les petits rorquals, ajoute que «[c]et élément accrédite encore la thèse de l'Australie selon laquelle la détermination des tailles d'échantillon de petits rorquals obéissait à des considérations qui n'étaient pas scientifiques» (*ibid.*, par. 209). En d'autres termes, il aurait suffi que le Japon ait chassé l'ensemble des baleines prévues dans l'échantillon pour que celui-ci devienne crédible dans le contexte de la chasse «en vue de recherches scientifiques». De surcroît, une telle conclusion serait en contradiction avec la priorité, soulignée préalablement, des méthodes non létales sur les méthodes létales.

Dans sa conclusion finale sur le point de savoir si JARPA II est conduit en vue de recherches scientifiques (*ibid.*, par. 223 à 227), la Cour estime que «l'utilisation des méthodes létales en tant que telle n'est pas déraisonnable» (*ibid.*, par. 224), mais c'est seulement en comparant celui-ci avec JARPA qu'elle considère que la taille des échantillons de petits rorquals a été fortement majorée, même si la proportion des prises effectives était, dans l'absolu, faible. En effet, comparé à la population de petits rorquals qui est comprise entre 338 000 et 1 486 000 individus (mémoire de l'Australie, vol. I, par. 2.116), le nombre de prises effectives de petits rorquals pour l'ensemble du programme JARPA II n'a pas dépassé 3264 individus (*ibid.*, figure 6, et contre-mémoire du Japon, p. 178 et 181).

L'ensemble de ces doutes et de ces interrogations est-il suffisant pour conclure que JARPA II n'a pas été conçu et mis en œuvre «en vue de recherches scientifiques» (arrêt, par. 227)?

La Cour se penche ensuite (*ibid.*, par. 228) sur les allégations de violation par le Japon des dispositions du règlement avancées par l'Australie, qui imposent le moratoire sur la chasse commerciale (par. 10 *e)*), le moratoire sur l'utilisation des usines flottantes (par. 10 *d)*) et le sanctuaire de l'océan Austral (par. 7 *b)*). On aurait pu s'attendre, à ce stade du raisonnement, que la Cour se pose la question de savoir si le programme JARPA II a été conçu et appliqué à des fins commerciales. En effet, la

tion envisages only three categories of whaling (commercial whaling, whaling "for purposes of scientific research", and aboriginal subsistence whaling). Leaving aside the latter category, which is not at issue in this case, the sole remaining choice lies between the first two categories. Indeed, both Parties and the intervening State do not dispute this, as the Court points out (Judgment, para. 229). Furthermore, it was on the allegation that JARPA II was of a commercial nature that Australia based its claim that the above provisions of the Schedule had been breached.

Why, then, does the Court refuse "to evaluate the evidence in support of the Parties' competing contentions about whether or not JARPA II has attributes of commercial whaling" (*ibid.*, para. 230)?

The Court begins by noting that the moratorium on factory ships (para. 10 *(d)* of the Schedule) makes no explicit reference to commercial whaling, unlike those imposing the moratorium on commercial whaling and establishing the Southern Ocean Sanctuary. Yet the Court nonetheless interprets paragraphs 10 *(e)* and 7 *(b)* of the Schedule, which concern these two latter matters, as not relating exclusively to commercial whaling. According to the Court, any contrary interpretation "would leave certain undefined categories of whaling activity beyond the scope of the Convention" (Judgment, para. 229). I must confess that I cannot see what is the basis for this expansive interpretation of clear texts which prohibit commercial whaling; nor can I work out which, from among the methods of interpretation envisaged by the Vienna Convention, is that relied on here.

I now return to the Court's finding concerning paragraph 10 *(d)* of the Schedule in relation to the moratorium on factory ships. It is true that this provision makes no explicit reference to commercial whaling. However, examination of the *travaux préparatoires* in this regard explains why, unlike the other two subparagraphs of the Schedule with which we are concerned, it contains no such reference.

Paragraph 10 *(d)* of the Schedule originated in a proposal by the United States for a moratorium on commercial whaling. This proposal was taken up by Panama, which proposed that it be divided into two parts, with, on the one hand, a moratorium on factory ships and, on the other, one on land station operations (see Chairman's Report of the Thirty-First Annual Meeting, *Report of the International Whaling Commission*, Vol. 30, 1980, p. 26, Counter-Memorial of Japan, Vol. II, Ann. 46; see also P. W. Birnie, *International Regulation of Whaling: From Conservation of Whaling to Conservation of Whales and Regulation of Whale Watching*, Vol. 1, Oceana Publs., 1985, p. 505). Only the first part of the proposal was adopted by the Commission, and became the current paragraph 10 *(d)* of the Schedule. The moratorium on factory ships was thus drafted on the basis of a proposal for a moratorium on commercial whaling, and it was clear at the time of its adoption that it only concerned

convention ne prévoit que trois catégories de chasse à la baleine (à des fins commerciales, «en vue de recherches scientifiques» et aborigène de subsistance). Si on laisse de côté la dernière catégorie qui n'est pas concernée dans cette affaire, la seule option qui demeure est celle entre les deux premières catégories. D'ailleurs, les deux Parties et l'Etat intervenant ne le contestent pas, ainsi que leur rappelle la Cour (arrêt, par. 229). Bien plus, l'Australie a plaidé le caractère commercial de JARPA II afin d'en déduire la violation des dispositions en question du règlement.

Comment alors comprendre le refus de la Cour «d'examiner les éléments de preuve apportés par les Parties à l'appui de leurs thèses contradictoires sur le point de savoir si la chasse pratiquée dans le cadre de JARPA II est, à certains égards, de nature commerciale» (*ibid.*, par. 230)?

La Cour relève, d'abord, que la disposition qui établit le moratoire sur l'utilisation des usines flottantes (par. 10 *d)* du règlement) ne fait pas explicitement référence à la chasse commerciale, à la différence de celles imposant le moratoire sur la chasse commerciale et créant le sanctuaire de l'océan Austral. Malgré cela, elle interprète cependant les paragraphes 10 *e)* et 7 *b)* du règlement, qui s'y rapportent, comme n'interdisant pas, à titre exclusif, la chasse à des fins commerciales. Selon la Cour, interpréter autrement ces deux dispositions par la Cour «laisserait hors du champ d'application de la convention certaines catégories non définies de chasse à la baleine» (arrêt, par. 229). Je dois avouer ne pas percevoir quel est le fondement de cette interprétation extensive de textes clairs qui interdisent la chasse à des fins commerciales, ni non plus quelle est, parmi les méthodes d'interprétation prévues par la convention de Vienne, celle à laquelle il a été fait recours en l'occurrence.

Je reviens maintenant au constat établi par la Cour en ce qui concerne le paragraphe 10 *d)* du règlement relatif au moratoire sur l'utilisation des usines flottantes. Certes, cette disposition ne fait pas explicitement référence à la chasse commerciale. Cependant, l'examen des travaux préparatoires, la concernant, permet d'éclairer l'absence de cette qualification, par opposition aux deux autres paragraphes en question du règlement.

Le paragraphe 10 *d)* du règlement trouve son origine dans une proposition des Etats-Unis d'Amérique d'adopter un moratoire sur la chasse commerciale. Cette proposition a été reprise par le Panama qui a proposé de la scinder en deux parties en instaurant, d'une part, un moratoire sur l'utilisation des usines flottantes et, d'autre part, un moratoire sur les stations terrestres (voir Chairman's Report of the Thirty-First Annual Meeting, *Report of the International Whaling Commission*, vol. 30, 1980, p. 26, contre-mémoire du Japon, vol. II, annexe 46; voir également P. W. Birnie, *International Regulation of Whaling: From Conservation of Whaling to Conservation of Whales and Regulation of Whale Watching*, vol. I, Oceana Publications, 1985, p. 505). Seule la première partie de la proposition a été adoptée par la commission, et est devenue l'actuel paragraphe 10 *d)* du règlement. Le moratoire sur l'utilisation des usines flottantes a été ainsi élaboré sur la base d'une proposition de mora-

commercial whaling. It follows that paragraphs 10 *(d)*, 10 *(e)* and 7 *(b)* of the Schedule thus apply solely to commercial whaling.

I therefore believe that the majority was not entitled to dispense with an examination of the question whether JARPA II was of a commercial nature. Clearly, it could not have so found, since any commercial activity must be conducted with a view to profit, even if that is not achieved. However, this is simply not the case for JARPA II, or for the special permits issued thereunder, since the proceeds from the sale of whales taken and processed are given to a non-profit whale research institute.

I would add that the position taken by the majority is not only unfounded in law, but has failed to take account of the spirit of the Convention, which aims at strengthening co-operation between States parties for the purposes of managing a shared resource. The Commission and the Scientific Committee play a key role in this regard. In particular, they are required to conduct periodic examinations of the special permits granted by States parties and to comment thereon, including on aspects which might be improved. Moreover, they performed this task in relation to JARPA, as is shown by the list of resolutions adopted by the Commission. As things stand at present, JARPA II underwent a prior examination in 2005, and its periodic examination is currently under way. The results are due to be published shortly. In other words, neither the Commission nor the Scientific Committee has yet had the opportunity to pass judgment on the implementation of JARPA II. In engaging in an evaluation of the programme, the Court has, in a sense, substituted itself for these two bodies.

In order to strengthen the object and purpose of the Convention, it is clearly desirable that States parties should act within the institutional framework established by the latter. That would probably be the best way of strengthening multilateral co-operation between States parties in defence of their common interest — as the Preamble to the Convention emphasizes — and of enabling them to arrive at an authentic interpretation of the Convention.

(Signed) Mohamed BENNOUNA.

toire sur la chasse commerciale et il était clair lors de son adoption que seule la chasse commerciale était concernée. Par conséquent, les paragraphes 10 *d)*, 10 *e)* et 7 *b)* du règlement s'appliquent donc exclusivement à la chasse commerciale.

Ainsi, je pense que la majorité ne pouvait faire l'économie de la preuve du caractère commercial de JARPA II. Elle ne pouvait manifestement pas établir une telle conclusion dans la mesure où une activité à des fins commerciales doit être menée en vue de réaliser un profit, même si celui-ci n'est pas au rendez-vous. Or cela n'est tout simplement pas le cas pour JARPA II et pour les permis spéciaux délivrés dans ce cadre, le produit de la vente des baleines capturées et traitées étant affecté à un institut de recherche sur les baleines, à but non lucratif.

J'ajouterai que la démarche suivie par la majorité, outre qu'elle n'est pas fondée juridiquement, n'a pas pris en compte l'esprit de la convention, qui vise à renforcer la coopération entre les Etats parties pour la gestion d'une ressource partagée. La commission et le comité scientifique jouent un rôle central à cet égard. Il leur appartient notamment d'examiner périodiquement les permis spéciaux délivrés par les Etats parties et de formuler des observations, notamment sur les aspects susceptibles d'être améliorés. Ils se sont d'ailleurs acquittés de cette mission à l'égard de JARPA comme le témoigne la liste de résolutions adoptées par la commission. A l'heure actuelle, JARPA II a fait l'objet d'un examen préalable en 2005 et son examen périodique est en cours. Les résultats devraient être publiés incessamment. En d'autres termes, ni la commission ni le comité scientifique n'ont encore eu l'opportunité de se prononcer sur la mise en œuvre de JARPA II. En se livrant à l'évaluation du programme, la Cour s'est substituée, d'une certaine façon, à ces deux organes.

Afin de renforcer l'objet et le but de la convention, il est certainement souhaitable, pour les Etats parties, d'agir de l'intérieur du système institutionnel prévu par celle-ci. C'est probablement le meilleur moyen de renforcer la coopération multilatérale des Etats parties dans la défense de leur intérêt commun, souligné par le préambule de la convention, et de parvenir à une interprétation authentique de celle-ci par les Etats parties.

(*Signé*) Mohamed BENNOUNA.

SEPARATE OPINION OF JUDGE CANÇADO TRINDADE

TABLE OF CONTENTS

	Paragraphs
I. The Object and Purpose of the ICRW	2-9
1. The teleological approach	4-7
2. Response of New Zealand to questions from the Bench	8-9
II. Collective Guarantee and Collective Regulation	10-19
1. Collective decision-making under the ICRW	10-12
2. Review of proposed special permits under the Schedule	13-19
III. The Limited Scope of Article VIII (1) of the ICRW	20-24
IV. The Evolving Law relating to Conservation: Interactions between Systems	25-26
V. The ICRW as a "Living Instrument": The Evolving *Opinio Juris Communis*	27-40
VI. Inter-Generational Equity	41-47
VII. Conservation of Living Species (Marine Mammals)	48-59
1. The tension between conservation and exploitation: Arguments of the Parties	48-51
2. Whale stocks — conservation and development: Response of the Parties and the intervenor to questions from the Bench	52-56
3. General assessment	57-59
VIII. Principle of Prevention and the Precautionary Principle: Arguments of the Parties and the Intervenor	60-71
IX. Responses from the Experts, and Remaining Uncertainties around "Scientific Research" (under JARPA II)	72-74
X. Reiterated Calls under the ICRW for Non-Lethal Use of Cetaceans	75-79
XI. Concluding Observations, on the Jarpa II Programme and the Requirements of the ICRW and Its Schedule	80-90

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE CANÇADO TRINDADE

[Traduction]

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
I. L'OBJET ET LE BUT DE LA CONVENTION	2-9
1. Approche téléologique	4-7
2. Réponse de la Nouvelle-Zélande aux questions posées par un membre de la Cour	8-9
II. UN SYSTÈME DE RÉGLEMENTATION ET DE GARANTIES COLLECTIVES	10-19
1. Le processus collectif de prise de décisions prévu par la convention	10-12
2. Examen des propositions de permis spéciaux à la lumière du règlement	13-19
III. LA PORTÉE LIMITÉE DU PARAGRAPHE 1 DE L'ARTICLE VIII DE LA CONVENTION	20-24
IV. L'ÉVOLUTION DU DROIT RELATIF À LA CONSERVATION: INTERACTIONS ENTRE LES DIFFÉRENTS SYSTÈMES	25-26
V. LA CONVENTION EN TANT QU'«INSTRUMENT VIVANT»: L'ÉVOLUTION DE L'*OPINIO JURIS COMMUNIS*	27-40
VI. L'ÉQUITÉ INTERGÉNÉRATIONNELLE	41-47
VII. LA CONSERVATION DES ESPÈCES VIVANTES (MAMMIFÈRES MARINS)	48-59
1. Antagonisme entre conservation et exploitation: les arguments des Parties	48-51
2. Stocks de baleines — conservation et développement: réponses des Parties et de l'Etat intervenant aux questions d'un membre de la Cour	52-56
3. Appréciation générale	57-59
VIII. LES PRINCIPES DE PRÉVENTION ET DE PRÉCAUTION: ARGUMENTS DES PARTIES ET DE L'ÉTAT INTERVENANT	60-71
IX. LES RÉPONSES DES EXPERTS ET LES INCERTITUDES DEMEURANT AUTOUR DE LA «RECHERCHE SCIENTIFIQUE» (AU TITRE DE JARPA II)	72-74
X. DES APPELS RÉITÉRÉS, SOUS LES AUSPICES DE LA CONVENTION DE 1946, EN FAVEUR D'UNE UTILISATION NON LÉTALE DES CÉTACÉS	75-79
XI. OBSERVATIONS FINALES SUR LE PROGRAMME JARPA II ET LES EXIGENCES DE LA CONVENTION DE 1946 ET DU RÈGLEMENT QUI LUI EST ANNEXÉ	80-90

*

1. I have accompanied the Court's majority, in voting in favour of the adoption of the present Judgment in the case *Whaling in the Antarctic (Australia* v. *Japan: New Zealand intervening)*. Yet, I would have wished certain points to be further developed by the Court. I feel thus obliged to leave on the records, in the present separate opinion, the foundations of my personal position thereon. To this effect, I shall address the following points: *(a)* the object and purpose of the International Convention on the Regulation of Whaling (the teleological approach); *(b)* collective guarantee and collective regulation; *(c)* the limited scope of Article VIII (1) of the ICRW; *(d)* the evolving law relating to conservation: interactions between systems; *(e)* the ICRW as a "living instrument": the evolving *opinio juris communis*; *(f)* inter-generational equity; *(g)* conservation of living species (marine mammals); *(h)* principle of prevention and the precautionary principle; *(i)* remaining uncertainties around "scientific research" (under the JARPA II programme). The way will then be paved for my concluding observations, on the JARPA II programme and the requirements of the ICRW and its Schedule.

I. The Object and Purpose of the ICRW

2. I find it necessary, to start with, to dwell upon *the object and purpose* of the International Convention on Regulation of Whaling (hereinafter the "ICRW"), so as to set the context for the consideration of the interpretation of Article VIII of the ICRW, and of the question whether Japan complied with its obligations under the ICRW and its Schedule (cf. *infra*). Both contending Parties, Australia and Japan, and the intervenor, New Zealand, have in fact dedicated some attention to the object and purpose of the ICRW. The adoption of a Convention like the ICRW, endowed with a supervisory organ of its own, evidences that the goal of conservation integrates its object and purpose, certainly not limited to the development of the whaling industry.

3. To try to reduce the object and purpose of the ICRW to the protection or development of the whaling industry would be at odds with the rationale and structure of the ICRW as a whole. If the main goal of the ICRW were only to protect and develop the whaling industry, the entire framework of the ICRW would have been structured differently. Moreover, the fact that the ICRW is a multilateral treaty, encompassing member States that do not practice whaling, also speaks to the understanding that the ICRW's object and purpose cannot be limited to the development of the whaling industry. Furthermore, in the same line of reasoning, the adoption of a moratorium on commercial whaling within the framework of the ICRW also seems to indicate that the conservation of whale

1. Si je me suis associé à la majorité en votant en faveur de l'adoption du présent arrêt en l'affaire relative à la *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon; Nouvelles-Zélande (intervenant))*, j'aurais néanmoins souhaité voir approfondir certains points. J'estime donc devoir, dans la présente opinion individuelle, faire état des fondements de ma position personnelle à cet égard, et je reviendrai à cet effet sur les points suivants: *a)* l'objet et le but de la convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine (dénommée ci-après la «convention de 1946» ou la «convention») (approche téléologique); *b)* l'existence d'un système de réglementation et de garanties collectives; *c)* la portée limitée du paragraphe 1 de l'article VIII de la convention; *d)* l'évolution du droit relatif à la conservation et les interactions entre les différents systèmes; *e)* la convention en tant qu'«instrument vivant» et l'évolution de l'*opinio juris communis*; *f)* l'équité intergénérationnelle; *g)* la conservation des espèces vivantes (mammifères marins); *h)* le principe de prévention et le principe de précaution; *i)* les incertitudes qui demeurent autour de la «recherche scientifique» (pratiquée dans le cadre du programme JARPA II). Je pourrai à partir de là formuler certaines conclusions sur le programme JARPA II et les prescriptions de la convention et du règlement qui lui est annexé.

I. L'OBJET ET LE BUT DE LA CONVENTION

2. J'estime nécessaire de commencer par examiner *l'objet et le but* de la convention de 1946, afin d'établir le contexte dans lequel s'inscriront l'interprétation de l'article VIII de la convention et l'analyse de la question de savoir si le Japon s'est acquitté des obligations que lui imposent cette convention et le règlement qui lui est annexé (voir ci-dessous). Les deux Parties en litige — l'Australie et le Japon — et l'Etat intervenant, la Nouvelle-Zélande, ont de fait accordé beaucoup d'attention à cette question. Quant à moi, il m'apparaît que le choix d'adopter un instrument doté de son propre organe de contrôle accrédite l'idée que la conservation était l'un des objectifs visés, l'objet et le but de la convention ne se réduisant certainement pas au développement du secteur baleinier.

3. Tenter de réduire cet objet et ce but à la protection ou au développement de l'industrie baleinière irait du reste à l'encontre de la logique qui sous-tend la convention dans son ensemble, et de son économie générale. Si son but premier s'était résumé à assurer la protection et le développement du secteur baleinier, la convention aurait, globalement, été structurée de manière différente. Le fait qu'il s'agisse d'un traité multilatéral auquel sont parties des Etats qui ne pratiquent pas la chasse à la baleine incite également à considérer que l'objet et le but de la convention ne sauraient être limités au développement de l'industrie baleinière. Dans la même logique, l'adoption, dans le cadre de la convention, d'un moratoire sur la chasse commerciale accrédite l'idée

stocks is an important component of the object and purpose of the ICRW.

1. The Teleological Approach

4. May I turn briefly to the Preamble of the ICRW, which contains indications as to the object and purpose of the Convention. First, the Preamble recognizes "the interest of the nations of the world in safeguarding for future generations the great natural resources represented by the whale stocks"; this seems, in my view, to be in line with the purpose of conserving and protecting whales. Secondly, other preambular paragraphs mention "regulation" of whaling to ensure conservation and development of whale stocks. Then, the Preamble also posits that the States parties "decided to conclude a convention to provide for the proper conservation of whale stocks and thus make possible the orderly development of the whaling industry".

5. It appears that the primary object and purpose of the ICRW can be found in the conservation and recovery of whale populations. The ICRW provides for a mechanism to ensure its own evolution in face of changing conditions and new challenges. The International Whaling Commission (IWC) has a specific role (under Article VI) to make recommendations to States parties, in the form of resolutions, to which they are to give consideration in good faith. The practice of the IWC, conformed by its successive resolutions, seems to indicate that conservation of whale stocks is an important objective of the ICRW: for example, in a number of resolutions, the IWC has focused on non-lethal methods of research concerning whales, disclosing a concern with the conservation of whale stocks[1]. Thus, in my perception, the use of whales cannot take place to the detriment of the conservation of whale stocks.

6. The Schedule of regulations annexed to the ICRW is an integral part of it, with equal legal force; amendments have regularly been made to the Schedule, so as to cope with international environmental developments. States parties thus count on a scheme to act together in the common interest, setting a proper balance between conservation and the use of whale resources. The ICRW, adopted in 1946 to stop the overexploitation of whales, presented thus two novelties in comparison with the first treaties on whaling: the creation of the IWC (under Article III), and the inclusion of the Schedule, controlling whaling so as to achieve conserva-

[1] E.g., resolution 2007-3 (Resolution on the Non-Lethal Use of Cetaceans); resolution 2007-1 (Resolution on JARPA).

que la conservation des populations baleinières en est une composante essentielle.

1. Approche téléologique

4. Je voudrais maintenant me pencher brièvement sur le préambule de la convention, qui contient des indications quant à l'objet et au but de celle-ci. Tout d'abord, il y est pris acte de l'«intérêt» qu'ont «les nations du monde ... à sauvegarder, au profit des générations futures, les grandes ressources naturelles représentées par les stocks de baleines», ce qui me semble conforter l'idée d'un objectif consistant à assurer la conservation et la protection des baleines. Ensuite, d'autres alinéas renvoient à une «réglementation» de la chasse à la baleine visant à assurer la conservation et l'accroissement des stocks de baleines. Enfin, il est précisé dans le préambule que les Etats parties ont «décidé de conclure une convention destinée à assurer la conservation appropriée des stocks de baleines et ... ainsi donner à l'industrie baleinière la possibilité de se développer d'une manière méthodique».

5. Il apparaît ainsi que la conservation et la reconstitution des stocks de baleines constituent bien l'objet et le but premiers de la convention. Celle-ci prévoit par ailleurs un mécanisme apte à lui permettre d'évoluer au gré des changements et des nouveaux défis. La commission baleinière internationale (dénommée ci-après la «CBI» ou la «commission») a en effet pour vocation expresse (aux termes de l'article VI) de faire des recommandations aux Etats parties, sous forme de résolutions que ceux-ci sont tenus de prendre en considération de bonne foi. Or la pratique de la CBI, telle que constituée par les résolutions successives qu'elle a adoptées, semble venir conforter l'idée que la conservation des stocks de baleines est un objectif central de la convention. La CBI a en effet, dans un certain nombre de ces résolutions, mis l'accent sur les méthodes de recherche non létales, ce qui témoigne d'un souci d'assurer la conservation des peuplements baleiniers[1]. Dès lors, les ressources baleinières ne sauraient, à mon sens, être utilisées au détriment de la conservation des stocks de baleines.

6. Le règlement annexé à la convention fait partie intégrante de celle-ci, et a la même valeur juridique: il a été régulièrement modifié pour suivre les évolutions internationales en matière de protection de l'environnement. Les Etats parties ont ainsi à leur disposition un régime qui leur permet d'agir ensemble dans l'intérêt commun, établissant un juste équilibre entre conservation et exploitation des ressources baleinières. La convention, adoptée en 1946 pour mettre fin à la surexploitation de ces ressources, présentait deux nouveautés par rapport aux premiers traités régissant la chasse à la baleine: la création de la CBI (en vertu

[1] Voir, par exemple, la résolution 2007-3 (résolution sur l'utilisation non létale des cétacés); résolution 2007-1 (résolution sur JARPA).

tion and recovery of whale stocks. It became a multilateral scheme, seeking to avoid unilateral action so as to foster conservation.

7. The object and purpose of the ICRW are to be construed in light of its text, its supervisory mechanism, and its nature as a multilateral treaty encompassing both whaling and non-whaling States. The object and purpose of the Convention point to, as a guiding principle, the conservation and recovery of whale stocks; not to be seen on an equal footing with the sustainable development of the whaling industry or the protection of commercial whaling. A State party — Japan or any other — cannot act unilaterally to decide whether its programme is fulfilling the object and purpose of the ICRW, or the objective of conservation.

2. Response of New Zealand to Questions from the Bench

8. In this connection, in the course of the oral pleadings before the Court (on 8 July 2013), I deemed it fit to put the following questions to the intervenor, New Zealand:

> "1. In your view, does the fact that the International Convention for the Regulation of Whaling is a multilateral treaty, with a supervisory organ of its own, have an impact on the interpretation of its object and purpose?
>
> 2. You have stated in your written observations (of 4 April 2013) that the object and purpose of the International Convention for the Regulation of Whaling is: 'to replace unregulated, unilateral whaling by States with collective regulation as a mechanism to provide for the interests of the parties in the proper conservation and management of whales' (p. 16, para. 33). In your view, is this a widely accepted interpretation nowadays of the object and purpose of the International Convention for the Regulation of Whaling?"[2]

9. As to these questions, New Zealand at first recalled that, distinctiy from the 1937 International Agreement for the Regulation of Whaling, the 1946 ICRW counts on a permanent Commission (the IWC) endowed with a supervisory role, evidencing a "collective enterprise", and acknowledging that whale conservation "must be an international endeavour". In sum, in New Zealand's view, the object and purpose of the ICRW ought to be approached in the light of the *collective interest* of States parties in

[2] CR 2013/17, of 8 July 2013, pp. 49-50.

de l'article III) et l'insertion, en annexe, d'un règlement garantissant ainsi un contrôle destiné à assurer la conservation et la reconstitution des stocks de baleines. La communauté internationale était ainsi désormais dotée d'un dispositif multilatéral dont la vocation était d'empêcher les Etats d'agir unilatéralement, aux fins de favoriser la conservation.

7. L'objet et le but de la convention doivent être interprétés à la lumière de son libellé, de l'organe de contrôle qu'elle a établi, et de son statut de traité multilatéral regroupant aussi bien des nations baleinières que des nations non baleinières. Il en ressort que le principe directeur de cette convention est la conservation et la reconstitution des stocks de baleines — éléments qui ne sauraient être mis sur un pied d'égalité avec le développement durable de l'industrie baleinière ou la protection de la chasse commerciale. Un Etat partie — qu'il s'agisse du Japon ou d'un autre — ne peut déterminer de manière unilatérale si son programme satisfait réellement à l'objet ou au but de la convention, ou à l'objectif de conservation.

2. Réponse de la Nouvelle-Zélande aux questions posées par un membre de la Cour

8. A cet égard, à l'audience qui s'est tenue devant la Cour le 8 juillet 2013, il m'a semblé utile de poser à l'Etat intervenant, la Nouvelle-Zélande, les questions suivantes :

> « 1. Selon vous, le fait que la convention soit un traité multilatéral ayant institué un organe de contrôle a-t-il une incidence sur l'interprétation de son objet et de son but ?
>
> 2. Dans vos observations écrites (du 4 avril 2013), vous avez dit que la convention avait pour objet et pour but « de remplacer la chasse à la baleine non réglementée menée de façon unilatérale par les Etats par un mécanisme de réglementation collective destiné à servir les intérêts des parties en matière de conservation et de gestion appropriées des baleines » (p. 16, par. 33). S'agit-il là, selon vous, d'une interprétation aujourd'hui largement admise de l'objet et du but de la convention ? »[2]

9. En réponse, la Nouvelle-Zélande a commencé par rappeler que, à la différence de l'accord international pour la réglementation de la chasse à la baleine de 1937, la convention de 1946 s'appuyait sur une commission permanente (la CBI) investie d'un rôle de contrôle, ce qui témoignait selon elle d'une volonté de mener à bien une « entreprise collective » et d'une reconnaissance du fait que la conservation des baleines devait « s'inscrire dans le cadre d'un effort international ». Pour la Nouvelle-Zélande, il convient en

[2] CR 2013/17, 8 juillet 2013, p. 49-50.

the conservation and management of whale stocks[3]. Secondly, New Zealand argued that the IWC had recognizedly become the appropriate organ for the conservation and management of whales. Such role of collective regulation of the IWC — New Zealand added — was in the line of the United Nations Convention on the Law of the Sea, which requires States (Art. 65) to co-operate with a view to the conservation of marine mammals and to work through the appropriate international organs. Such endeavours of conservation have become a "collective responsibility", and the IWC — New Zealand added — would "work co-operatively to improve the conservation and management of whale populations and stocks on a scientific basis and through agreed policy measures"[4].

II. Collective Guarantee and Collective Regulation

1. Collective Decision-Making under the ICRW

10. The collective system established by the ICRW is crucial to the understanding and proper handling of the present case of *Whaling in the Antarctic (Australia* v. *Japan: New Zealand intervening)*. In my view, the system created by the Convention aims at replacing a system of unilateral unregulated whaling, with a system of collective guarantee and regulation so as to provide for the interests of the States parties in the proper conservation and management of whales. To my mind, the structure of the Convention evidences that one of its aims is to achieve collective guarantee through collective regulation, in relation to all activities associated with whaling. This collective regulation is achieved through a process of collective decision-making by the IWC, which adopts regulations and resolutions *(supra)*.

11. In addition, it may be recalled that the IWC may also adopt recommendations addressed to any or all of the States parties on any matters which relate to whales or whaling and to the objective and purpose of the Convention. These recommendations and resolutions, in my understanding, express the collective views of the parties under the Convention concerning the protection of their interests in the proper conservation and management of whales. Furthermore, membership of the IWC has grown along the years, with many members having no whaling industry or history of whaling activities; their common interest would arguably be the conservation and management of whales themselves, rather than solely the preservation of the whaling industry.

[3] Written Responses of New Zealand to the Questions Put by Judge Cançado Trindade at the End of the Public Sitting Held on 8 July 2013 at 10 a.m., of 12 July 2013, pp. 6-7, paras. 1-3.

[4] *Ibid.*, pp. 8-9, paras. 1-4.

comme d'examiner l'objet et le but de la convention de 1946 à la lumière de l'*intérêt collectif* en matière de conservation et de gestion des stocks de baleines[3]. La Nouvelle-Zélande affirme ensuite que la CBI est désormais reconnue comme l'organe ayant vocation à assurer cette conservation et cette gestion. Le rôle de réglementation collective qui lui a été dévolu s'inscrit selon elle dans le droit fil de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer, qui impose aux Etats (en son article 65) de coopérer en vue d'assurer la protection des mammifères marins, par l'intermédiaire des organisations internationales appropriées. A son sens, cet effort de conservation relève désormais d'une «responsabilité collective» et les membres de la CBI doivent «œuvrer collectivement à l'amélioration des conditions de conservation et de gestion des populations et des stocks de baleines sur la base d'éléments scientifiques et par le biais de mesures concertées»[4].

II. Un système de réglementation et de garanties collectives

1. Le processus collectif de prise de décisions prévu par la convention

10. Une juste analyse du régime collectif établi par la convention est essentielle pour bien comprendre et traiter les questions en jeu en la présente affaire. Selon moi, le mécanisme créé par la convention vise en effet à remplacer un modèle unilatéral et non réglementé de chasse à la baleine par un système de réglementation et de garanties collectives destiné à protéger les intérêts des Etats parties en matière de conservation et de gestion appropriées des stocks. A mon sens, la structure de la convention atteste que l'un des buts recherchés est d'apporter des garanties à tous, par l'effet d'une réglementation collective, pour l'ensemble des activités associées à la chasse à la baleine. Cette réglementation collective passe par un processus collectif de prise de décisions mis en œuvre au sein de la CBI, qui adopte des réglementations et des résolutions (voir ci-dessus).

11. Il convient en outre de rappeler que la CBI peut également adopter, à l'intention de l'un quelconque ou de l'ensemble des gouvernements contractants, des recommandations à propos de questions ayant trait soit aux baleines et à la chasse à la baleine, soit aux objectifs et aux buts de la convention. A mes yeux, ces recommandations et résolutions témoignent de la conception qu'ont collectivement les parties à la convention de la protection de leurs intérêts en matière de conservation et de gestion appropriées des stocks de baleines. En outre, le nombre d'Etats membres de la CBI a augmenté au fil des ans, beaucoup d'entre eux n'ayant aucune tradition ou industrie baleinière; aussi y a-t-il lieu de penser que leur intérêt commun serait la conservation et la gestion des populations baleinières elles-mêmes, et non le seul maintien de l'industrie baleinière.

---

[3] Voir réponses de la Nouvelle-Zélande aux questions posées par le juge Cançado Trindade à la fin de l'audience publique qui s'est tenue le 8 juillet 2013 à 10 heures et le 12 juillet 2013, p. 4-5, par. 1-3.

[4] *Ibid.*, p. 8-9, par. 1-4.

12. Thus, the nature and structure of the ICRW, the fact that it is a multilateral Convention (comprising both whaling and non-whaling States) with a supervisory organ of its own, which adopts resolutions and recommendations, highlights the collective decision-making process under the Convention and the collective guarantee provided thereunder. In the light of the object and purpose of the ICRW, clearly a system of collective guarantee and collective regulation operates thereunder.

2. Review of Proposed Special Permits under the Schedule

13. In fact, in numerous resolutions, the IWC has provided guidance to the Scientific Committee for its review of special permits under paragraph 30 of the Schedule. This is aimed at amending proposed special permit programmes that do not meet the conditions. The expectation ensues therefrom that, e.g., non-lethal methods will be used whenever possible, on the basis of successive resolutions of the IWC stressing the relevance of obtaining scientific information without needing to kill whales for "scientific research". In accordance with the IWC resolutions, the Scientific Committee has, for its part, elaborated a series of Guidelines to enable it to undertake its function of review of special permits (under paragraph 30 of the Schedule).

14. In the present proceedings before the ICJ, this practice has been brought to the attention of the Court, in particular by New Zealand[5], who has further pointed out that over 25 resolutions of the IWC, issued after the Scientific Committee's review of proposed special permits (under Article VIII of the ICRW), have been consistently requesting the States parties concerned "not to proceed where the Scientific Committee had determined that the proposed activity did not satisfy the Scientific Committee's criteria"[6]. Such is the case of IWC resolutions 1987-1, 1987-2, 1987-3, 1987-4, 1989-1, 1989-2, 1989-3, 1990-1, 1990-2, 1991-2, 1991-3, 1993-7, 1993-8, 1994-9, 1994-10, 1994-11, 1995-9, 1996-7, 1997-5, 1997-6, 2000-4, 2000-5, 2001-7, 2001-8, 2003-2, 2003-3, 2005-1, and 2007-1[7]. Hence, it is clear that one counts nowadays on a system of collective guarantee and collective regulation under the ICRW (cf. also *infra*).

15. Bearing the IWC resolutions in mind, the Scientific Committee's Guidelines have endeavoured to assist it in undertaking adequately its function of review of special permit proposals and of research results from existing and completed special permits. In its most recent Guidelines, adopted in 2008 (Annex P), the Scientific Committee's review pro-

[5] Both in its written observations, of 4 April 2013, and in its oral arguments; cf. written observations of New Zealand, of 4 April 2013, pp. 30-33, paras. 55-60; and CR 2013/17, of 8 July 2013, pp. 30-31 and 39, paras. 50-54 and 14.

[6] Written observations of New Zealand, of 4 April 2013, p. 56, para. 98.

[7] *Ibid.*, p. 56, para. 98, note 195.

12. Ainsi, la nature et la structure de la convention de 1946, et le fait qu'il s'agisse d'un instrument multilatéral (auquel sont parties tant des nations baleinières que des nations non baleinières), doté d'un organe de contrôle qui émet des résolutions et des recommandations, témoignent du caractère collectif du processus décisionnel et des garanties offertes par la convention. A la lumière de son objet et de son but, il est de même clair que la convention prévoit un système de réglementation et de garanties collectives.

2. Examen des propositions de permis spéciaux à la lumière du règlement

13. De fait, la CBI a, dans maintes résolutions, fourni au comité scientifique des lignes directrices en vue de l'examen des permis spéciaux auquel il lui faut procéder en vertu du paragraphe 30 du règlement annexé à la convention. Cet examen est destiné à modifier les projets qui ne satisfont pas aux conditions requises. L'on est donc en droit d'espérer, notamment, que des méthodes non létales seront utilisées chaque fois que possible, sur la base des résolutions successives par lesquelles la CBI a formulé le souhait que les informations scientifiques soient recueillies sans qu'il soit besoin de mettre à mort des baleines «en vue de recherches scientifiques». Conformément aux résolutions de la CBI, le comité scientifique a, pour sa part, élaboré un ensemble de lignes directrices qu'il applique dans le cadre de sa mission d'évaluation des permis spéciaux (en vertu du paragraphe 30 du règlement).

14. Dans la présente instance, cette pratique a été portée à l'attention de la Cour par, notamment, la Nouvelle-Zélande[5], qui a également relevé que, dans plus de vingt-cinq résolutions adoptées à la suite de l'examen par le comité scientifique de propositions de permis spéciaux (délivrés au titre de l'article VIII de la convention), la CBI a systématiquement recommandé aux Etats parties concernés de ne «pas donner suite à l'activité envisagée lorsque le comité scientifique consid[érait] qu'elle ne répond[ait] pas aux critères du comité»[6]. Tel est le cas des résolutions de la CBI 1987-1, 1987-2, 1987-3, 1987-4, 1989-1, 1989-2, 1989-3, 1990-1, 1990-2, 1991-2, 1991-3, 1993-7, 1993-8, 1994-9, 1994-10, 1994-11, 1995-9, 1996-7, 1997-5, 1997-6, 2000-4, 2000-5, 2001-7, 2001-8, 2003-2, 2003-3, 2005-1 et 2007-1[7]. Il est donc clair que la communauté internationale peut aujourd'hui se prévaloir d'un régime de réglementation et de garanties collectives, sous les auspices de la convention (voir également ci-dessous).

15. Fondées sur les résolutions de la CBI, les lignes directrices du comité scientifique visent à aider celui-ci à s'acquitter correctement de sa mission d'examen des propositions de permis spéciaux et des résultats scientifiques obtenus dans le cadre des programmes en cours ou échus. Conformément aux plus récentes de ses lignes directrices, adoptées en 2008 (annexe P), le

[5] Aussi bien dans ses observations écrites du 4 avril 2013 que dans ses plaidoiries; cf. observations écrites de la Nouvelle-Zélande, 4 avril 2013, p. 30-33, par. 55-60, et CR 2013/17, 8 juillet 2013, p. 30-31, par. 50-54, et p. 39, par. 14.

[6] Observations écrites de la Nouvelle-Zélande du 4 avril 2013, p. 56, par. 98.

[7] *Ibid.*, p. 56, par. 98, note 195.

cess focuses on, *inter alia*, the possibility of using non-lethal research methods, the aims and the methodology and the sample size, the point whether the catches will have an adverse effect on the stocks (paras. 2-3). Moreover, the proposed activity is to be subject to periodic and final reviews. It is clear that there is here not much room for State unilateral action and free will.

16. It clearly appears, from paragraph 30 of the Schedule[8], that a State party issuing a special permit is under the obligation to provide the IWC Secretary with proposed scientific permits *before* they are issued, and in sufficient time so as to allow the Scientific Committee to review and comment on them. Paragraph 30 of the Schedule thus plays an important role in the overall structure of the ICRW and in the pursuit of the fulfilment of its object and purpose. It establishes a review procedure that must be followed in relation to the granting of special permits, and that serves as a mechanism through which the granting of special permits may be monitored by the IWC. Accordingly, States granting special permits do not have an unfettered freedom to issue such permits.

17. It follows therefrom that, even if the recommendations of the Scientific Committee and the IWC are not *per se* legally binding on States, States willing to issue special permits should consider the comments of the IWC and the recommendations of the Scientific Committee in good faith (principle of *bona fide*). The terms of paragraph 30 make it clear that the particular duty to provide proposed special permits in advance to the IWC is set forth so as to enable the Scientific Committee to "review and comment" on them. It seems that, if States were to decide, at their free will, whether or not to take into account the comments and recommendations of the IWC and the Scientific Committee, that provision would be rendered meaningless, dead letter; the review procedure would then become a sort of unacceptable "rubber stamp" mechanism, whereby States issuing permits would be able to disregard completely the comments and recommendations whenever they wished.

---

[8] Paragraph 30 of the Schedule states that a State party shall provide the IWC Secretary with proposed scientific permits

> "before they are issued and in sufficient time to allow the Scientific Committee to review and comment on them. The proposed permits should specify: *(a)* objectives of the research; *(b)* number, sex, size and stock of the animals to be taken; *(c)* opportunities for participation in the research by scientists of other nations; and *(d)* possible effect on conservation of stock."

Paragraph 30 adds that proposed permits

> "shall be reviewed and commented on by the Scientific Committee at Annual Meetings when possible. When permits would be granted prior to the next Annual Meeting, the Secretary shall send the proposed permits to members of the Scientific Committee by mail for their comment and review. Preliminary results of any research resulting from the permits should be made available at the next Annual Meeting of the Scientific Committee."

comité scientifique met notamment l'accent, lors du processus d'examen, sur la possibilité de recourir à des méthodes de recherche non létales, sur les objectifs, la méthodologie et les tailles des échantillons, ainsi que sur la question de savoir si les prises risquent d'avoir pour les stocks des effets dommageables (par. 2-3). En outre, l'activité proposée doit faire l'objet d'un suivi sous forme d'examens périodiques et finaux. Les Etats disposent donc, à l'évidence, d'une très faible marge de manœuvre pour prendre des mesures unilatérales et exercer librement leur volonté.

16. Il ressort clairement des termes du paragraphe 30 du règlement[8] qu'un Etat partie envisageant d'octroyer un permis spécial a l'obligation d'en communiquer la teneur au secrétariat de la CBI *avant* sa délivrance, et ce, en temps suffisamment opportun pour permettre au comité scientifique de l'examiner et de formuler ses observations. Ce paragraphe joue ainsi un rôle important dans tout l'édifice de la convention, et aux fins de la réalisation de l'objet et du but de celle-ci. Il établit une procédure d'examen qui doit être suivie lorsque l'octroi de permis spéciaux est envisagé et qui sert de mécanisme permettant à la CBI d'encadrer la délivrance de tels permis.

17. Il s'ensuit que, même si les recommandations et les avis du comité scientifique de la CBI ne leur sont pas opposables en eux-mêmes, les Etats souhaitant délivrer un permis spécial doivent les prendre en considération *bona fide*. Il ressort clairement du libellé du paragraphe 30 que l'obligation de soumettre préalablement à la CBI les propositions de permis spéciaux a été spécifiquement établie pour permettre au comité scientifique de les «examiner et de formuler un avis» à leur égard. Il me semble que, si les Etats pouvaient décider à leur guise de prendre ou non en considération les avis et les recommandations de la CBI et du comité scientifique, cette disposition serait privée de tout sens et appelée à rester lettre morte; la procédure d'examen se trouverait en quelque sorte réduite à un système de blanc-seing dans le cadre duquel les Etats souhaitant délivrer un permis pourraient, à leur convenance, choisir de ne tenir aucun compte des avis et recommandations de ces organes.

---

[8] Le paragraphe 30 du règlement énonce qu'il appartient à tout Etat partie de fournir au secrétaire de la CBI ses propositions de permis scientifiques

> «avant leur délivrance et dans un délai suffisant pour permettre au comité scientifique de les examiner et de formuler un avis à ce sujet. Les propositions de permis doivent préciser: *a)* les objectifs de la recherche; *b)* le nombre, le sexe, la taille et la population des animaux à capturer; *c)* les possibilités de participation aux recherches de scientifiques provenant d'autres pays; et *d)* les effets potentiels de cette chasse sur la conservation de la population concernée.»

En outre, est-il précisé, les propositions de permis

> «font l'objet d'un examen et de commentaires du comité scientifique lors des réunions annuelles dans la mesure du possible. Si des permis sont octroyés avant la réunion annuelle suivante, le Secrétaire envoie les propositions de permis aux membres du comité scientifique par courrier afin qu'elles puissent être commentées et examinées. Les résultats préliminaires de toute recherche issue des permis sont présentés lors de la réunion annuelle suivante du comité scientifique.»

18. Paragraph 30 thus creates a *positive* (procedural) obligation[9] of the State willing to issue a special permit to co-operate with the IWC and the Scientific Committee. It would seem inconsistent with the purpose of paragraph 30 if a State party would feel entitled to issue a special permit without having co-operated with the IWC and the Scientific Committee, or without having given any consideration whatsoever to the views of other States parties expressed through the comments of the IWC and the recommendations of the Scientific Committee.

19. In its 2006 Report (p. 50), the Scientific Committee was of the view that the JARPA II proposed programme provided the specifications required by paragraph 30 of the Schedule. One has here, as already indicated, a system of collective guarantee and collective regulation under the ICRW. In the framework of this latter, the Court has determined, on distinct points, that the respondent State has not acted in conformity with paragraph 10 *(d)* and *(e)*, and paragraph 7 *(b)*, of the Schedule[10] to the ICRW (resolutory points 3-5).

III. The Limited Scope of Article VIII (1) of the ICRW

20. Keeping the review system in mind, and given the arguments of the contending Parties and of the intervenor as to the scope of Article VIII[11] within the ICRW as a whole, a point to be addressed is that of the requirements for a whaling programme to be considered "for purposes of scientific research". The key point seems to be whether a whaling programme carried out under a special permit must be exclusively for scientific

[9] On the conceptualization of positive obligations in a distinct context, cf., e.g., D. Xenos, *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, London/N.Y., Routledge, 2012, pp. 57-141.

[10] Paragraph 10 *(d)* of the Schedule establishes a moratorium on the taking, killing or treating of (sperm, killer and baleen) whales, except minke whales, by factory ships or whale catchers attached to factory ships. And paragraph 10 *(e)* provides in addition for a "comprehensive assessment" of the effects of catches on whale stocks and the establishment of new catch limits. And paragraph 7 *(b)* of the Schedule prohibits commercial whaling in the Southern Ocean Sanctuary (a prohibition to be reviewed every ten years).

[11] Article VIII (1) of the ICRW reads as follows:

> "Notwithstanding anything contained in this Convention any Contracting Government may grant to any of its nationals a special permit authorizing that national to kill, take and treat whales for purposes of scientific research subject to such restrictions as to number and subject to such other conditions as the Contracting Government thinks fit, and the killing, taking, and treating of whales in accordance with the provisions of this Article shall be exempt from the operation of this Convention. Each Contracting Government shall report at once to the Commission all such authorizations which it has granted. Each Contracting Government may at any time revoke any such special permit which it has granted."

18. Le paragraphe 30 crée donc, à la charge de l'Etat qui souhaite délivrer un permis spécial, une obligation *positive* (de nature procédurale)[9] de coopérer avec la CBI et le comité scientifique. Il serait contraire au but du paragraphe 30, me semble-t-il, qu'un Etat partie puisse s'estimer en droit de délivrer un permis spécial sans avoir coopéré avec la CBI et le comité scientifique, ou sans tenir le moindre compte des vues exprimées par d'autres Etats parties à travers les avis et les recommandations de ces organes.

19. Dans son rapport de 2006 (p. 50), le comité scientifique a estimé que la proposition de programme de JARPA II fournissait les précisions exigées par le paragraphe 30 du règlement. L'on est ici en présence, comme je l'ai déjà indiqué, d'un système de réglementation et de garanties collectives instauré par la convention de 1946. Dans ce contexte, la Cour a jugé, à propos d'autres questions, que l'Etat défendeur n'avait pas agi en conformité avec les paragraphes 10 *d)*, 10 *e)* et 7 *b)* du règlement[10] annexé à la convention (points 3-5 du dispositif).

III. La portée limitée du paragraphe 1 de l'article VIII de la convention

20. Il convient de déterminer quelles sont les conditions qu'un programme de chasse à la baleine doit remplir pour pouvoir être considéré comme ayant été conçu «en vue de recherches scientifiques», à la lumière, d'une part, de l'existence d'un mécanisme de contrôle et, d'autre part, des arguments développés par les Parties en litige et par l'Etat intervenant quant à la portée de l'article VIII[11]. A cet égard, la principale question

[9] Au sujet de la notion d'obligation positive dans un autre contexte, voir, par exemple, D. Xenos, *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, Londres/New York, Routledge, 2012, p. 57-141.

[10] Le paragraphe 10 *d)* du règlement instaure un moratoire interdisant aux usines flottantes ou aux navires baleiniers attachés à des usines flottantes de capturer, tuer ou traiter des baleines (cachalots, orques et baleines à fanons), à l'exception des petits rorquals. Le paragraphe 10 *e)* prévoit en outre la réalisation d'une «évaluation exhaustive» des effets des captures sur les populations de baleines et la fixation d'autres limites de capture. Quant au paragraphe 7 *b)*, il interdit de chasser la baleine à des fins commerciales dans le sanctuaire de l'océan Austral (interdiction qui doit faire l'objet d'un examen tous les dix ans).

[11] Le paragraphe 1 de l'article VIII de la convention se lit comme suit :

> «Nonobstant toute disposition contraire de la présente convention, chaque gouvernement contractant pourra accorder à l'un quelconque de ses ressortissants un permis spécial autorisant l'intéressé à tuer, capturer et traiter des baleines en vue de recherches scientifiques et subordonnant cette autorisation aux restrictions en ce qui concerne le nombre et à telles autres conditions que le gouvernement contractant jugera opportunes; les baleines pourront être tuées, capturées ou traitées conformément aux prévisions du présent article sans qu'il y ait lieu de se conformer aux dispositions de la présente convention. Chaque gouvernement contractant devra porter immédiatement à la connaissance de la commission toutes les autorisations de cette nature qu'il aura accordées. Un gouvernement contractant pourra révoquer à tout moment un permis spécial par lui accordé.»

research and not for any other purpose. In other words, the question is whether the same programme may be carried out under a special permit for the purpose of "scientific research" and, e.g., for purpose of selling the whale meat.

21. In my understanding, Article VIII (1) of the ICRW is not to be interpreted broadly, so as to go against the object and purpose of the normative framework of the Convention as a whole. Article VIII (1) appears as an *exception* to the normative framework of the ICRW, to be thus interpreted restrictively. The purpose, in particular, of granting special permits, is, to my mind, to allow for scientific research to be undertaken; other purposes do not seem to be allowed under Article VIII, and should not fall under the exception of Article VIII (1), which, in my understanding, applies solely and specifically to scientific research programmes. If a programme with multiple purposes (including a "scientific research" purpose) could be qualified for a special permit under Article VIII (1), the provision would not have been drafted in the way it was. Article VIII (1) is phrased in terms ("for purposes of") which seem to make it clear that the sole purpose for which a special permit shall be granted is the conduct of scientific research. Otherwise, it could be expected that the expression "or other purposes" would also have been included.

22. The Court has determined that the special permits granted by Japan in connection with JARPA II "do not fall within the provisions of Article VIII (1)" of the ICRW (resolutory point 2). As to whether a State issuing a special permit under Article VIII (1) has the discretion to determine whether a whaling programme is "for purposes of scientific research", such a question can only be properly considered within the whole framework of the ICRW as a multilateral treaty, nowadays endowed with a supervisory mechanism of its own. Accordingly, a State issuing a permit does not have *carte blanche* to dictate that a given programme is "for purposes of scientific research". It is not sufficient for a State party to describe its whaling programme as "for purposes of scientific research", without demonstrating it.

23. In my view, such an unfettered discretion would not be in line with the object and purpose of the ICRW, nor with the idea of multilateral regulation. The State issuing a special permit should take into consideration the resolutions of the IWC which provide the views of other States parties as to what constitutes "scientific research". There is no point in seeking to define "scientific research" for all purposes. When deciding whether a programme is "for purposes of scientific research" so as to issue a special permit under Article VIII (1), the State party concerned

qui se pose est celle de savoir si le programme soumis à un permis spécial doit être mené uniquement en vue de recherches scientifiques, à l'exclusion de toute autre fin. En d'autres termes, un même programme peut-il, outre la recherche scientifique, avoir — par exemple — pour objectif la vente de viande de baleine?

21. De mon point de vue, le paragraphe 1 de l'article VIII de la convention ne doit pas être interprété en un sens si large qu'il puisse aller à l'encontre de l'objet et du but du cadre normatif constitué par la convention dans son ensemble. Il semble faire *exception* audit cadre normatif et devrait donc être interprété de manière restrictive. La délivrance de permis spéciaux répond, à mon sens, à un objectif particulier, qui est de ménager la possibilité d'entreprendre des recherches scientifiques; aucune autre finalité ne semble admise par l'article VIII et ne saurait être couverte par l'exception prévue en son paragraphe 1, qui, selon moi, s'applique uniquement et spécifiquement aux programmes de recherche scientifique. Si un programme ayant des objectifs multiples (dont celui de mener des «recherches scientifiques») pouvait faire l'objet d'un permis spécial au titre du paragraphe 1 de l'article VIII, cette disposition n'aurait pas été rédigée comme elle l'a été: le paragraphe 1 de l'article VIII est en effet libellé en des termes («en vue de») qui semblent indiquer clairement qu'un permis spécial ne doit être délivré qu'aux fins de la recherche scientifique; si tel n'était pas le cas, l'expression «ou en vue d'autres activités» aurait vraisemblablement été ajoutée.

22. La Cour a conclu que les permis spéciaux délivrés par le Japon dans le cadre de JARPA II «n'entr[aient] pas dans les prévisions du paragraphe 1 de l'article VIII» de la convention (point 2 du dispositif). Quant à la question de savoir si l'Etat qui souhaite délivrer un permis spécial au titre du paragraphe 1 de l'article VIII jouit d'un pouvoir discrétionnaire pour déterminer si le programme de chasse à la baleine est conçu «en vue de recherches scientifiques», elle ne peut être tranchée à bon escient qu'eu égard au cadre global dans lequel s'inscrit la convention en tant que traité multilatéral, désormais doté de son propre mécanisme de contrôle. Un Etat habilité à délivrer un permis n'a donc pas carte blanche pour décider que tel ou tel programme de chasse à la baleine est mené «en vue de recherches scientifiques». Il ne suffit pas à un Etat partie de présenter son programme comme «mené en vue de recherches scientifiques» — encore lui faut-il en apporter la preuve.

23. Selon moi, un pouvoir discrétionnaire qui ne serait soumis à aucune restriction serait contraire à l'objet et au but de la convention, ainsi qu'à l'idée d'une réglementation multilatérale. L'Etat qui délivre un permis spécial doit prendre en considération les résolutions de la CBI, qui reflètent les vues d'autres Etats parties sur ce que recouvre la «recherche scientifique». S'il est inutile de chercher à donner une définition universelle de cette notion, un Etat partie qui cherche à déterminer si un programme est mené «en vue de recherches scientifiques» afin de délivrer un permis spé-

has, in my understanding, a duty to abide by the principle of prevention and the precautionary principle (cf. *infra*).

24. In my perception, Article VIII, part and parcel of the ICRW as a whole, is to be interpreted taking into account its object and purpose. This discards any pretence of devising in it a so-called "self-contained" regime or system, which would go unduly against the ICRW's object and purpose. In sum, in my understanding, in line with the object and purpose of the ICRW *(supra)*, a State party does not have an unfettered discretion to decide the meaning of "scientific research" and whether a given whaling programme is "for purposes of scientific research". The interpretation and application of the ICRW in recent decades bear witness of a gradual move away from unilateralism and towards multilateral conservation of living marine resources, thus clarifying the limited scope of Article VIII (1) of the ICRW.

IV. The Evolving Law relating to Conservation: Interactions between Systems

25. With the growth in recent decades of international instruments related to conservation, not a single one of them is approached in isolation from the others; not surprisingly, the co-existence of international treaties of the kind has called for a *systemic outlook*, which has been pursued in recent years. Reference can here be made to e.g., the 1973 Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (CITES Convention), the 1979 Convention on Migratory Species of Wild Animals, the 1980 Convention on the Conservation of Antarctic Marine Living Resources, the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea, the 1992 United Nations Convention on Biological Diversity (CBD Convention).

26. The systemic outlook seems to be flourishing in recent years. For example, at its fifth meeting, in 2000, the Conference of States parties to the CBD Convention referred to "the interactions between climate change and the conservation and sustainable use of biological diversity in a number of thematic and cross-cutting areas", including, *inter alia*, marine and coastal biodiversity[12]. As for the ICRW, the most complete academic work produced to date, on its legal regime, that of Patricia W. Birnie, supports the teleological interpretation of the ICRW, stressing the growing importance of *conservation* in the evolving interpretation and application of the ICRW; she further points out that related treaties (e.g., the CITES Convention) have helped to identify the wide range of matters of concern to the inter-

[12] CBD, *Scientific Assessments — Note by the Executive Secretary*, doc. UNEP/CBD/SBSTTA/10/7, of 5 November 2004, p. 8, para. 29.

cial au titre du paragraphe 1 de l'article VIII a, à mon sens, le devoir de respecter les principes de prévention et de précaution (voir ci-dessous).

24. L'article VIII devant selon moi être interprété à la lumière de l'objet et du but de la convention dans son ensemble, dont il fait partie intégrante, on ne saurait y voir un régime ou un système «se suffisant à lui-même», car cela ferait échec à ces mêmes objet et but. En résumé, il m'apparaît que, conformément à ces derniers (voir ci-dessus), un Etat partie ne dispose pas d'un pouvoir discrétionnaire absolu, qui lui permettrait de choisir le sens à donner à la «recherche scientifique» ou de décider que tel ou tel programme de chasse à la baleine est mené «en vue de recherches scientifiques». L'interprétation et l'application de la convention au cours de ces dernières années témoignent de l'abandon progressif de l'unilatéralisme au profit de la conservation multilatérale des ressources marines vivantes, ne laissant aucun doute sur le caractère limité de la portée du paragraphe 1 de l'article VIII de la convention.

IV. L'ÉVOLUTION DU DROIT RELATIF À LA CONSERVATION: INTERACTIONS ENTRE LES DIFFÉRENTS SYSTÈMES

25. Aucun des instruments internationaux relatifs à la conservation — qui se sont multipliés au cours des dernières décennies — n'est envisageable séparément des autres: la coexistence de traités internationaux d'un genre similaire appelait une *vision systémique*, qui, en toute logique, s'est imposée au cours de ces dernières années. L'on citera ici la convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction de 1973 (CITES), la convention sur la conservation des espèces migratrices appartenant à la faune sauvage de 1979, la convention sur la conservation de la faune et la flore marines de l'Antarctique de 1980, la convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 ou encore la convention sur la diversité biologique de 1992.

26. Cette vision systémique semble gagner du terrain depuis quelques années. Ainsi, lors de sa cinquième réunion, en 2000, la conférence des Etats parties à la convention sur la diversité biologique a fait allusion aux «interactions entre les changements climatiques et la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique dans un certain nombre de domaines thématiques et intersectoriels», dont, notamment, la diversité biologique marine et côtière[12]. En ce qui concerne la convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine, l'ouvrage académique le plus complet à ce jour consacré au régime juridique qu'elle a institué — le livre de Patricia W. Birnie — va dans le sens d'une interprétation téléologique de la convention, mettant en avant l'importance croissante de la *conservation* dans l'interprétation et l'application, en constante évolution,

[12] Convention sur la diversité biologique, *Evaluations scientifiques — Note du secrétaire exécutif*, doc. UNEP/CBD/SBSTTA/10/7, du 5 novembre 2004, p. 8, par. 29.

national community as a whole, such as, e.g., *inter alia*, the protection of wild fauna and flora [13].

V. The ICRW as a "Living Instrument": The Evolving *Opinio Juris Communis*

27. The interpretation and application of the aforementioned treaties, in the light of the systemic outlook, have been contributing to the gradual formation of an *opinio juris communis* in the present domain of contemporary international law. The present Judgment of the ICJ in the *Whaling in the Antarctic* case has recalled the establishment, in 1950, by the IWC, of the Scientific Committee to assist it in discharging its functions; as from the mid-1980s, the Scientific Committee has conducted its review of special permits on the basis of Guidelines, issued or endorsed by the IWC (para. 47). Moreover, the IWC is entitled to adopt *recommendations* (under Article VI of the ICRW), which may be relevant (when adopted by consensus or unanimity) for the interpretation of the Convention or its Schedule (para. 46). As the ICJ itself has put it, the functions conferred upon the IWC "have made the Convention an evolving instrument" (para. 45).

28. The present Judgment of the ICJ proceeds to assert that States parties to the ICRW "have a duty to co-operate with the IWC and the Scientific Committee" and to "give due regard to recommendations calling for an assessment of the feasibility of non-lethal" research methods (para. 83). In this respect, it further recalls, *inter alia*, that "the two experts called by Australia referred to significant advances in a wide range of non-lethal research techniques over the past 20 years" (para. 137). The Judgment the Court has just adopted today, 31 March 2014, is likely to be of importance to the future of the IWC, and to secure the survival of the ICRW itself, as a "living instrument" capable of keeping on responding to needs of the international community and new challenges that it faces in the present domain.

29. This is not the first time that the Court acknowledges that international treaties and conventions are "living instruments". In its *célèbre* Advisory Opinion (of 21 June 1971) on *Namibia*, for example, the ICJ referring to the mandates system of the League of Nations era, stated that

[13] P. W. Birnie, *International Regulation of Whaling: From Conservation of Whaling to Conservation of Whales and Regulation of Whale Watching*, Vol. II, N.Y./London/Rome, Oceana Publs., 1985, pp. 583 and 635. She further singles out the continuing work of the IWC, with several resolutions addressing "a wide variety of new issues", such as, *inter alia*, criteria for aboriginal subsistence whaling, small cetaceans, creation of sanctuary areas, preservation of habitats, "humane killing", discouragement of whaling, among others; cf. *ibid.*, Vol. II, p. 641.

de cet instrument, l'auteur relève en outre que des traités d'un genre similaire (tels que la convention CITES) ont aidé à identifier les nombreuses questions intéressant la communauté internationale dans son ensemble, dont, par exemple, la protection de la faune et de la flore sauvages[13].

V. La convention en tant qu'«instrument vivant»: l'évolution de l'*opinio juris communis*

27. L'interprétation et l'application des traités précités à la lumière de cette vision systémique ont contribué à la formation graduelle d'une *opinio juris communis* dans ce domaine du droit international contemporain. Dans son arrêt en la présente affaire, la Cour rappelle que, en 1950, la CBI a établi un comité scientifique, qui l'aide à s'acquitter de ses fonctions; depuis le milieu des années 1980, le comité scientifique procède à l'examen des permis spéciaux sur la base de *lignes directrices* établies ou approuvées par la commission (par. 47). En outre, la CBI est habilitée à émettre des *recommandations* (en vertu de l'article VI de la convention) qui peuvent (lorsqu'elles sont adoptées par consensus ou à l'unanimité) être pertinentes aux fins de l'interprétation de la convention ou du règlement qui lui est annexé (par. 46). Comme la Cour elle-même l'a dit, la convention, du fait des fonctions conférées à la commission, est un «instrument en constante évolution» (par. 45).

28. Dans l'arrêt, la Cour affirme ensuite que les Etats parties à la convention sont «tenus de coopérer avec la CBI et le comité scientifique» et qu'«ils doivent tenir dûment compte des recommandations les invitant à évaluer la faisabilité d'autres méthodes [de recherche], non létales» (par. 83). A cet égard, elle rappelle notamment que «les deux experts cités par l'Australie ont fait état d'importantes avancées réalisées dans le domaine des techniques non létales au cours des vingt dernières années» (par. 137). L'arrêt adopté en ce 31 mars 2014 est donc susceptible de jouer un rôle important pour l'avenir de la CBI, et de garantir la survie de la convention elle-même en tant qu'«instrument vivant» capable de continuer à répondre aux besoins de la communauté internationale et aux nouveaux défis auxquels elle doit aujourd'hui faire face dans ce domaine.

29. Ce n'est pas la première fois que la Cour reconnaît que les conventions et traités internationaux sont des «instruments vivants». Dans son célèbre avis consultatif du 21 juin 1971 en l'affaire de la *Namibie*, la Cour, faisant référence au système des mandats de l'ère de la Société des Nations, avait ainsi jugé que

[13] P. W. Birnie, *International Regulation of Whaling: From Conservation of Whaling to Conservation of Whales and Regulation of Whale Watching*, vol. II, New York/Londres/Rome, Oceana Publications, 1985, p. 583 et 635. L'auteur met en outre en avant le travail que ne cesse d'accomplir la CBI, plusieurs de ses résolutions traitant d'un «vaste éventail de nouvelles questions», telles que les critères relatifs à la chasse de subsistance aborigène, les petits cétacés, la création de sanctuaires, la préservation des habitats, la «mise à mort sans cruauté», les moyens de décourager la chasse; cf. *ibid.*, vol. II, p. 641.

> "the concepts embodied in Article 22 of the Covenant (. . .) were not static, but were by definition evolutionary (. . .). [V]iewing the institutions of 1919, the Court must take into consideration the changes which have occurred in the supervening half-century, and its interpretation cannot remain unaffected by the subsequent development of law, through the Charter of the United Nations or by way of customary law. Moreover, an international instrument has to be interpreted and applied within the framework of the entire legal system prevailing at the time of its interpretation. In the domain to which the present proceedings relate, the last fifty years, as indicated above, have brought important developments. (. . .) In this domain, as elsewhere, the *corpus iuris gentium* has been considerably enriched, and this the Court, if it is faithfully to discharge its functions, may not ignore." (*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971*, pp. 31-32, para. 53.)

30. Subsequently, in its Judgment (of 25 September 1997) in the case concerning the *Gabčikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, the ICJ pondered that "newly developed norms of environmental law are relevant for the implementation of the [1977] Treaty" in force between Hungary and Slovakia, that was the object of the dispute. The Court proceeded that the contending Parties are required, "in carrying out their obligations to ensure that the quality of water in the Danube is not impaired and that nature is protected, to take new environmental norms into consideration". Accordingly, the Court added, the 1977 Treaty "is not static, and is open to adapt to emerging norms of international law" (*I.C.J. Reports 1997*, pp. 67-68, para. 112).

31. Other contemporary international tribunals have pursued the same evolutionary interpretation. For example, the European Court of Human Rights, in its judgment (of 25 April 1978) in the *Tyrer* v. *The United Kingdom* case, asserted that the European Convention on Human Rights "is a living instrument", to be "interpreted in the light of present-day conditions" (para. 31). Subsequently, the European Court reiterated, *expressis verbis*, this *obiter dictum*, in its judgment (on preliminary objections, of 23 March 1995) in the case of *Loizidou* v. *Turkey*, wherein it added that, accordingly, the provisions of the European Convention, as a "living instrument",

> "cannot be interpreted solely in accordance with the intentions of their authors as expressed more than forty years ago. (. . .) In addition, the object and purpose of the Convention as an instrument for the protection of individual human beings requires that its provisions be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective." (Application No. 5856/72, paras. 71-72.)

32. Likewise, the Inter-American Court of Human Rights, in its Judgment (of 31 August 2001) in the case of the *Mayagna (Sumo) Awas*

«les notions consacrées par l'article 22 du Pacte ... n'étaient pas statiques mais par définition évolutives ... [Q]uand elle envisage les institutions de 1919, la Cour doit prendre en considération les transformations survenues dans le demi-siècle qui a suivi et son interprétation ne peut manquer de tenir compte de l'évolution que le droit a ultérieurement connue grâce à la Charte des Nations Unies et à la coutume. De plus, tout instrument international doit être interprété et appliqué dans le cadre de l'ensemble du système juridique en vigueur au moment où l'interprétation a lieu. Dans le domaine auquel se rattache la présente procédure, les cinquante dernières années ont marqué, comme il est dit plus haut, une évolution importante... Dans ce domaine comme dans les autres, le *corpus juris gentium* s'est beaucoup enrichi et, pour pouvoir s'acquitter fidèlement de ses fonctions, la Cour ne peut l'ignorer.» (*Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971*, p. 31-32, par. 53.)

30. Dans son arrêt du 25 septembre 1997 en l'affaire relative au *Projet Gabčikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, la CIJ a jugé que «de nouvelles normes du droit de l'environnement, récemment apparues, [étaient] pertinentes pour l'exécution du traité» de 1977 en vigueur entre la Hongrie et la Slovaquie, qui se trouvait en cause, et précisé que les parties à cette affaire étaient tenues, «en s'acquittant de leurs obligations de veiller à ce que la qualité des eaux du Danube ne soit pas compromise et à ce que la protection de la nature soit assurée, de tenir compte des nouvelles normes en matière d'environnement». Ainsi, le traité en question n'était «pas un instrument figé [mais était] susceptible de s'adapter à de nouvelles normes du droit international» (*C.I.J. Recueil 1997*, p. 67-68, par. 112).

31. D'autres juridictions internationales contemporaines ont adopté une même interprétation évolutive. La Cour européenne des droits de l'homme a ainsi, dans son arrêt du 25 avril 1978 en l'affaire *Tyrer c. Royaume-Uni*, affirmé que la convention européenne des droits de l'homme était un «instrument vivant à interpréter ... à la lumière des conditions de vie actuelles» (par. 31). Par la suite, elle a réitéré *expressis verbis* cet *obiter dictum* dans l'arrêt qu'elle a rendu le 23 mars 1995 sur les exceptions préliminaires en l'affaire *Loizidou c. Turquie*, ajoutant que les dispositions de la convention européenne, en tant qu'il s'agissait d'un «instrument vivant»,

«ne [pouvaient] s'interpréter uniquement en conformité avec les intentions de leurs auteurs telles qu'elles [avaient été] exprimées voici plus de quarante ans ... En outre, l'objet et le but de la convention, instrument de protection des êtres humains, appel[ai]ent à interpréter et à appliquer ses dispositions d'une manière qui en rende les exigences concrètes et effectives.» (Requête n° 5856/72, par. 71-72.)

32. La Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIDH), dans son arrêt du 31 août 2001 en l'affaire *Communauté Mayagna (Sumo) Awas*

Tingni Community v. *Nicaragua*, stated that "human rights treaties are living instruments, the interpretation of which ought to adapt to the evolution of times, and, in particular, to current living conditions" (para. 146). In the same line of thinking, in its earlier Advisory Opinion (of 1 October 1999) on *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law*, the Inter-American Court observed that the International Law of Human Rights

> "has made great headway thanks to an evolutive interpretation of international instruments of protection. That evolutive interpretation is consistent with the general rules of treaty interpretation established in the 1969 Vienna Convention. (. . .) [H]uman rights treaties are living instruments whose interpretation must consider the changes over time and present-day conditions." (Para. 114.)

33. The experience of supervisory organs of various international treaties and conventions points to this direction as well. Not seldom they have been faced with new challenges, requiring new responses from them, which could never have been anticipated, not even imagined, by the draftsmen of the respective treaties and conventions. In sum, international treaties and conventions are a product of their time, being also *living instruments*. They evolve with time; otherwise, they fall into *desuetude*. The ICRW is no exception to that. Those treaties endowed with supervisory organs of their own (like the ICRW) disclose more aptitude to face changing circumstances.

34. Moreover, in distinct domains of international law, treaties endowed with a supervisory mechanism of their own have pursued a hermeneutics of their own[14], facing the corresponding treaties and conventions as *living instruments*. International treaties and conventions are products of their time, and their interpretation and application *in time*, with a temporal dimension, bears witness that they are indeed living instruments. This happens not only in the present domain of conservation and management of living marine resources, but likewise in other areas of international law[15].

35. By the time of the adoption of the 1946 ICRW, in the mid-twentieth century, there did not yet exist an awareness that the living marine resources were not inexhaustible. Three and a half decades later, the adoption of the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) — a major international law achievement in the nine-

[14] Cf., for example, in the domain of the international protection of the rights of the human person, A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Vol. II, Porto Alegre/Brazil, S. A. Fabris Ed., 1999, Chap. XI, pp. 23-200.

[15] Cf. A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind — Towards a New Jus Gentium*, 2nd rev. ed., Leiden/The Hague, Nijhoff, 2013, Chap. II ("Time and Law Revisited: International Law and the Temporal Dimension"), pp. 31-51.

Tingni c. Nicaragua, écrivait que: «[l]es traités relatifs aux droits de l'homme sont des instruments vivants, dont l'interprétation doit s'adapter à l'évolution des temps et, en particulier, aux conditions de vie présentes» (par. 146). Dans la même logique, elle avait déjà, dans un avis consultatif relatif au droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre d'une procédure régulière, rendu le 1er octobre 1999, déclaré que le droit international relatif aux droits de l'homme avait

> «beaucoup progressé grâce à l'interprétation évolutive des instruments internationaux de protection. Pareille interprétation est conforme aux règles générales d'interprétation des traités énoncées par la convention de Vienne de 1969 ... Les traités relatifs aux droits de l'homme sont des instruments vivants, dont l'interprétation doit tenir compte de l'évolution des temps et des conditions de vie présentes.» (Par. 114.)

33. La pratique des organes de contrôle de divers traités et conventions internationaux va dans le même sens. Il n'est pas rare que ces organes soient confrontés à de nouveaux défis, appelant de leur part des réponses d'un genre nouveau, que les rédacteurs de ces traités et conventions n'avaient nullement prévues, ni même imaginées. En résumé, les traités et les conventions internationaux sont les produits de leur temps, puisqu'ils sont aussi des *instruments vivants*. Ils évoluent avec le temps ou bien tombent en désuétude. La convention de 1946 ne fait pas exception. Les instruments dotés, à l'instar de cette convention, d'organes de contrôle qui leur sont propres révèlent une plus grande capacité d'adaptation au changement.

34. En outre, dans différents domaines du droit international, les traités dotés d'un mécanisme de contrôle se prêtent à une herméneutique *sui generis*, qui leur reconnaît le caractère d'*instruments vivants*[14]. Les traités et les conventions internationaux étant des produits de leur temps, leur interprétation et leur application *dans le temps*, eu égard à cette dimension temporelle, témoignent de ce qu'il s'agit bien d'instruments vivants. Cela est vrai non seulement dans le domaine de la conservation et de la gestion des ressources marines vivantes qui nous occupe ici, mais aussi dans d'autres sphères du droit international[15].

35. A l'époque où a été adoptée la convention de 1946, au milieu du siècle dernier, le monde n'avait pas encore pris conscience du fait que les ressources marines vivantes n'étaient pas inépuisables. Trois décennies et demie plus tard, en 1982, l'adoption de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer (CNUDM) — un événement qui a fait époque dans

[14] Voir, par exemple, dans le domaine de la protection internationale des droits de la personne humaine, A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Porto Alegre/Brésil, éd. S. A. Fabris, 1999, chap. XI, p. 23-200.

[15] Voir A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind — Towards a New Jus Gentium*, 2e éd. rev., Leyde/La Haye, Nijhoff, 2013, chap. II («Time and Law Revisited: International Law and the Temporal Dimension»), p. 31-51.

teenth century — contributed to the public order of the oceans, and to the growing awareness that their living resources were not inexhaustible. Unilateralism gradually yielded to collective regulation towards conservation. An example to this effect is provided, under the 1946 ICRW, by the 1982 general moratorium on commercial whaling.

36. Another example can be found in the establishment by the IWC of whale sanctuaries (under Article V (1) of the ICRW) *(infra)*. The IWC has so far adopted three whale sanctuaries: first, the Southern Ocean Sanctuary (1948-1955); secondly, the Indian Ocean Sanctuary (1979, renewed in 1989, and indefinitely as from 1992); thirdly, the new Southern Ocean Sanctuary (from 1994 onwards). Moreover, in its meetings of 2001-2004, the IWC was lodged with a proposal (revised in 2005) of a new sanctuary, the South Atlantic Sanctuary[16], so as to reassert the need of conservation of whales.

37. Over the last three decades, the IWC has repeatedly made clear that lethal research methods are not in line with the aforementioned moratorium. In its resolution 2003-2, for example, the IWC calls for a limitation of "scientific research" to "non-lethal methods only", and expresses its opposition to commercial whaling, "contrary to the spirit of the moratorium", and presents an annotated compilation of its "Conservation Work", with a systematization of resolutions to this effect (Anns. I-II). It is nowadays reckoned that States parties to the ICRW that wish to issue special permits are bound to co-operate with the IWC and the Scientific Committee, and to give consideration to the views of other States parties expressed through the comments of the IWC and the recommendations of the Scientific Committee.

38. Parallel to this, multilateral conventions (such as UNCLOS and CBD) have established a framework for the conservation and management of living marine resources. The UNCLOS Convention contains a series of provisions to that effect[17]. As to the CBD Convention, the Conference of the parties held in Jakarta in 1995, for example, adopted the Jakarta Mandate on Coastal and Marine Biodiversity, reasserting the relevance of conservation and ecologically sustainable use of coastal and marine biodiversity, and, in particular, linking conservation, sustainable use of biodiversity and fishing activities.

39. Furthermore, in its meeting of 2002, the States parties to the Convention on Migratory Species (CMS) pointed out the need to give greater protection to six species of whales (including the Antarctic minke whales)

[16] Propounded mainly by Brazil, Argentina, South Africa and Uruguay in the ambit of the IWC. On the proposal, cf. "Chair's Report of the 57th Annual Meeting of the International Whaling Commission", pp. 33-34.

[17] Such as Articles 61, 64-67, 192, 194 and 204 (2).

l'histoire du droit international — a contribué à une gestion ordonnée des océans et à une prise de conscience toujours plus grande de la vulnérabilité des ressources marines vivantes. L'unilatéralisme a progressivement cédé la place à un régime collectif de réglementation soucieux de la conservation, comme l'illustre le moratoire général de 1982 sur la chasse à la baleine à des fins commerciales instauré en vertu de la convention de 1946.

36. Les sanctuaires baleiniers établis par la CBI (au titre du paragraphe 1 de l'article V de la convention) en constituent une autre illustration (ci-dessous). A ce jour, la CBI en a institué trois: le sanctuaire de l'océan Austral (1948-1955), puis le sanctuaire de l'océan Indien (créé en 1979 et maintenu en 1989, pour une durée d'abord déterminée puis, à partir de 1992, indéterminée); et, enfin, le nouveau sanctuaire de l'océan Austral (à partir de 1994). En outre, lors des sessions qu'elle a tenues de 2001 à 2004, la CBI a examiné un projet (revisé en 2005) de création d'un nouveau sanctuaire, cette fois dans l'Atlantique sud[16], afin de réaffirmer la nécessité d'assurer la conservation des baleines.

37. Au cours des trois dernières décennies, la CBI a indiqué clairement, et à plusieurs reprises, que les méthodes de recherche létales allaient à l'encontre de ce moratoire. Dans sa résolution 2003-2, elle préconise «le recours exclusif aux méthodes non létales» pour la recherche scientifique, exprime son opposition à la chasse commerciale «contrair[e] à l'esprit du moratoire», et présente une compilation annotée de ses «activités de conservation», en classant les résolutions à cet effet (annexes I-II). Il est aujourd'hui considéré que les Etats parties à la convention qui souhaitent délivrer des permis spéciaux sont tenus de coopérer avec la CBI et le comité scientifique, et de prendre en compte les vues des autres Etats parties telles que reflétées dans les avis de la CBI et les recommandations du comité scientifique.

38. En parallèle, certaines conventions multilatérales (telles que la CNUDM et la convention sur la diversité biologique) ont été adoptées pour encadrer la conservation et la gestion des ressources marines vivantes. La CNUDM contient une série de dispositions à cet effet[17]; s'agissant de la convention sur la diversité biologique, la conférence des parties tenue à Jakarta en 1995 a ainsi adopté le mandat de Jakarta sur la biodiversité côtière et marine, dans lequel elle a réaffirmé l'importance d'assurer la conservation et une utilisation durable de la diversité biologique marine et côtière, et établi plus particulièrement un lien entre ces deux notions et les activités halieutiques.

39. Par ailleurs, lors de leur conférence de 2002, les Etats parties à la convention sur la conservation des espèces migratrices ont mis l'accent sur la nécessité d'accorder une protection plus grande à six espèces de

[16] Essentiellement défendu par le Brésil, l'Afrique du Sud, l'Argentine et l'Uruguay dans le cadre de la CBI. Sur cette proposition, cf. «Rapport du président de la 57e réunion annuelle de la commission baleinière internationale», p. 33-34.

[17] Voir par exemple les articles 61, 64-67, 192, 194 et 204 2).

and their habitats, breeding grounds and migratory routes. These are clear illustrations of the evolving *opinio juris communis* on the matter. In its 2010 meeting, held in Agadir, Morocco, the "Buenos Aires Group"[18] reiterated support for the creation of a new South Atlantic Sanctuary for whales, and positioned itself in favour of conservation and non-lethal use of whales[19], and against so-called "scientific whaling" (in particular in the cases of endangered or severely depleted species).

40. The "Buenos Aires Group" stressed the needed implementation of the moratorium, and recalled the achievements of the IWC since the early 1980s. It further called for a reform of Articles V (whaling under objection) and VIII (scientific whaling) of the ICRW, so that their interpretation and application do not go against the principle of conservation of whales underlying the Convention. More recently, on 4 February 2013, the same "Buenos Aires Group" expressed its "strongest rejection" of the ongoing whale hunting (including species classified as endangered) in the Southern Ocean Sanctuary (para. 1), with catches pointing to "an operation of a commercial nature which lacks any scientific justification" (para. 2). After calling for non-lethal methods and "the maintenance of the commercial moratorium in place since 1986", the "Buenos Aires Group" stated that the ongoing whale hunting was in breach of "the spirit and the text" of the 1946 ICRW, and failed to respect "the integrity of the whale sanctuaries recognized by the IWC" (paras. 3-4).

VI. Inter-Generational Equity

41. The 1946 ICRW was indeed pioneering, in acknowledging, in its Preamble, "the interest of the nations of the world in safeguarding for future generations the great natural resources represented by the whale stocks". At that time, shortly after World War II, its draftsmen could hardly have anticipated that this concern would achieve the dimension it did, in the international agenda and in international law-making (in particular in the domain of international environmental law) in the decades that followed. The long-term temporal dimension, underlying the inter-generational equity, was properly acknowledged. And the conceptual construction of *inter-generational equity* (in the process of which I

[18] Formed by Argentina, Brazil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominican Republic, Ecuador, Mexico, Panama, Peru and Uruguay.

[19] Cf. Chair's Report of the 62nd Annual Meeting of the International Whaling Commission, pp. 7-8.

baleines (au nombre desquelles figuraient les petits rorquals de l'Antarctique) ainsi qu'à leurs habitats, aires de reproduction et routes migratoires. Tous ces exemples témoignent clairement de l'évolution qu'a connue l'*opinio juris communis* en la matière. Lorsqu'il s'est réuni à Agadir (Maroc) en 2010, le «groupe de Buenos Aires»[18] a réaffirmé son soutien au projet tendant à créer un nouveau sanctuaire baleinier dans l'Atlantique sud, et s'est prononcé en faveur de la conservation et d'une utilisation non létale des baleines[19], et contre la prétendue «chasse scientifique» (en particulier dans le cas des espèces en danger ou connaissant un grave déclin).

40. Le «groupe de Buenos Aires» a mis en avant la nécessité de faire respecter le moratoire, et rappelé les résultats obtenus par la CBI depuis le début des années 1980. Il a en outre appelé à une réforme de l'article V (chasse pratiquée au titre d'une objection) et de l'article VIII (chasse scientifique) de la convention afin que leur interprétation et leur application n'aillent pas à l'encontre du principe de conservation qui sous-tend cette dernière. Plus récemment, le 4 février 2013, ce même groupe a exprimé son «opposition catégorique» aux activités de chasse à la baleine (notamment d'espèces reconnues comme étant en danger) qui se poursuivaient dans le sanctuaire de l'océan Austral (par. 1), et déclaré que les prises étaient révélatrices de la «nature commerciale d'une opération dépourvue de toute justification scientifique» (par. 2). Après avoir préconisé le recours à des méthodes non letales et le «maintien du moratoire sur la chasse commerciale institué en 1986», le «groupe de Buenos Aires» a déclaré que les activités de chasse à la baleine qui se poursuivaient dans le sanctuaire de l'océan Austral non seulement étaient contraires «à l'esprit et à la lettre» de la convention de 1946, mais encore portaient atteinte à «l'intégrité des sanctuaires baleiniers» reconnus par la CBI (par. 3- 4).

VI. L'ÉQUITÉ INTERGÉNÉRATIONNELLE

41. La convention de 1946 a réellement fait date en ce qu'elle reconnaissait, dans son préambule, «que les nations du monde [avaient] intérêt à sauvegarder, au profit des générations futures, les grandes ressources naturelles représentées par l'espèce baleinière». A l'époque, au sortir de la seconde guerre mondiale, ses auteurs pouvaient difficilement prévoir que, au cours des décennies suivantes, cette préoccupation prendrait une telle importance aux yeux de la communauté internationale et dans l'élaboration du droit international (en particulier dans le domaine du droit international de l'environnement). La dimension temporelle, inscrite dans le long terme, qui sous-tend la notion d'équité intergénérationnelle, était

[18] Constitué par l'Argentine, le Brésil, le Chili, la Colombie, le Costa Rica, l'Equateur, le Mexique, le Panama, le Pérou, la République dominicaine et l'Uruguay.

[19] Voir «Rapport du président de la 62e réunion annuelle de la commission baleinière internationale», p. 7-8.

had the privilege to take part) was to take place, in international legal doctrine, four decades later, from the mid-1980s onwards.

42. Within this Court, I had in fact the occasion to address the long-term temporal dimension, in relation to *inter-generational equity*, in my separate opinion in the case of the *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina* v. *Uruguay)* (*Judgment, I.C.J. Reports 2010 (I)*, p. 14). I pondered therein that

> "The long-term temporal dimension marks its presence, in a notorious way, in the domain of environmental protection. The concern for the prevalence of the element of *conservation* (over the simple exploitation of natural resources) reflects a cultural manifestation of the integration of the human being with nature and the world wherein he or she lives. Such understanding is, in my view, projected both in space and in time, as human beings relate themselves, in space, with the natural system of which they form part (and ought to treat with diligence and care), and, in time, with other generations (past and future)[20], in respect of which they have obligations. (. . .)
>
> In fact, concern with future generations underlies some environmental law conventions[21]. In addition, in the same line of reasoning, the 1997 UNESCO Declaration on the Responsibilities of Present Generations Towards Future Generations, after invoking, *inter alia*, the 1948 Universal Declaration of Human Rights and the two 1966 United Nations Covenants on Human Rights, recalls the responsibilities of present generations to ensure that 'the needs and interests of present and future generations are fully safeguarded' (Article 1 and Preamble). The 1997 Declaration added, *inter alia*, that 'the present generations should strive to ensure the maintenance and perpetuation

[20] Future generations promptly began to attract the attention of the contemporary doctrine of international law: cf., e.g., A.-Ch. Kiss, "La notion de patrimoine commun de l'humanité", 175 *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI)* (1982), pp. 109-253; E. Brown Weiss, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity*, Tokyo/Dobbs Ferry N.Y., United Nations University/Transnational Publs., 1989, pp. 1-351; A.-Ch. Kiss, "The Rights and Interests of Future Generations and the Precautionary Principle", *The Precautionary Principle and International Law — The Challenge of Implementation* (eds. D. Freestone and E. Hey), The Hague, Kluwer, 1996, pp. 19-28; [Various Authors], *Future Generations and International Law* (eds. E. Agius and S. Busuttil *et al.*), London, Earthscan, 1998, pp. 3-197; [Various Authors], *Human Rights: New Dimensions and Challenges* (J. Symonides, ed.), Paris/Aldershot, UNESCO/Dartmouth, 1998, pp. 1-153; [Various Authors], *Handbook of Intergenerational Justice* (J. C. Tremmel, ed.), Cheltenham, E. Elgar Publ., 2006, pp. 23-332.

[21] E.g., the 1992 United Nations Framework Convention on Climate Change, the 1997 Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change, the 1985 Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer, the 1987 Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, among others.

dûment reconnue. Et c'est quarante ans plus tard, à partir du milieu des années 1980 (dans le cadre d'un processus auquel je ne suis du reste pas étranger), que cette notion d'*équité intergénérationnelle* devait voir le jour dans la doctrine juridique internationale.

42. Au sein de la Cour, j'ai de fait eu l'occasion de traiter de cette dimension temporelle à long terme, à propos de cette même notion d'*équité intergénérationnelle*, dans l'opinion individuelle que j'ai jointe à l'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)* (arrêt, *C.I.J. Recueil 2010 (1)*, p. 14). Voici ce que j'y faisais observer :

> « Dans le domaine de la protection de l'environnement, la dimension temporelle à long terme est évidente. Le souci de faire prévaloir l'élément de *conservation* (sur la simple exploitation des ressources naturelles) est une manifestation culturelle de l'intégration de l'être humain à la nature et au monde dans lequel il vit. Cette approche a, à mon sens, un aspect spatio-temporel, l'être humain établissant un lien, dans l'espace, entre lui-même et le système naturel dont il fait partie (et qu'il devrait traiter avec diligence et attention) et, dans le temps, entre lui-même et les autres générations (passées et futures)[20], envers lesquelles il a des obligations...
>
> En fait, le souci des générations futures est à la base de certaines conventions de droit de l'environnement[21]. En outre, dans le même ordre d'idées, la déclaration sur les responsabilités des générations présentes envers les générations futures, adoptée par l'UNESCO en 1997, après avoir invoqué, notamment, la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et les deux pactes relatifs aux droits de l'homme adoptés par l'Organisation des Nations Unies en 1966, rappelle la responsabilité qui incombe aux générations présentes de veiller à ce que « les besoins et les intérêts des générations présentes et futures soient pleinement sauvegardés » (article premier et préam-

[20] Cette question des générations futures a rapidement attiré l'attention des auteurs de la doctrine contemporaine du droit international : voir, par exemple, A.-Ch. Kiss, « La notion de patrimoine commun de l'humanité », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI)*, t. 175 (1982), p. 109-253 ; E. Brown Weiss, *In Fairness to Future Generations : International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity*, Tokyo/Dobbs Ferry New York, United Nations University/Transnational Publs., 1989, p. 1-351 ; A.-Ch. Kiss, « The Rights and Interests of Future Generations and the Precautionary Principle », *The Precautionary Principle and International Law — The Challenge of Implementation* (D. Freestone et E. Hey, dir. publ.), La Haye, Kluwer, 1996, p. 19-28 ; [divers auteurs], *Future Generations and International Law* (E. Agius et S. Busuttil *et al.*, dir. publ.), Londres, Earthscan, 1998, p. 3-197 ; [divers auteurs], *Human Rights : New Dimensions and Challenges* (J. Symonides, dir. publ.), Paris/Aldershot, Unesco/Dartmouth, 1998, p. 1-153 ; [divers auteurs], *Handbook of Intergenerational Justice* (J. C. Tremmel, dir. publ.), Cheltenham, E. Elgar Publ., 2006, p. 23-332.

[21] Par exemple, la convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques de 1992, le protocole de Kyoto à la convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques de 1997, la convention de Vienne de 1985 pour la protection de la couche d'ozone et le protocole de Montréal de 1987 relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone, notamment.

of humankind with due respect for the dignity of the human person' (Art. 3). Almost two decades earlier, the United Nations General Assembly adopted, on 30 October 1980, its resolution proclaiming 'the historical responsibility of States for the preservation of nature for present and future generations' (para. 1); it further called upon States, in 'the interests of present and future generations', to take 'measures (. . .) necessary for preserving nature' (para. 3). (. . .)

May I recall that the subject at issue was originally taken up by the Advisory Committee to the United Nations University (UNU) on a project on the matter, in early 1988, so as to provide an innovative response to rising and growing concerns over the depletion of natural resources and the degradation of environmental quality and the recognition of the need to conserve the natural and cultural heritage (at all levels, national, regional and international; and governmental as well as non-governmental). The Advisory Committee, composed of professors from distinct continents[22], met in Goa, India[23], and issued, on 15 February 1988, a final document titled 'Goa Guidelines on Intergenerational Equity'[24], which stated:

> 'Th[e] temporal dimension is articulated through the formulation of the theory of 'intergenerational equity'; all members of each generation of human beings, as a species, inherit a natural and cultural patrimony from past generations, both as beneficiaries and as custodians under the duty to pass on this heritage to future generations. As a central point of this theory the right of each generation to benefit from this natural and cultural heritage is inseparably coupled with the obligation to use this heritage in such a manner that it can be passed on to future generations in no worse condition than it was received from past generations. This requires conservation and, as appropriate, enhancement of the quality and of the diversity of this heritage. The conservation of cultural diversity is as important as the conservation of environmental diversity to ensure options for future generations.

[22] Namely, Professors E. Brown Weiss, A. A. Cançado Trindade, A.-Ch. Kiss, R. S. Pathak, Lai Peng Cheng and E. W. Plowman.

[23] In the meeting held in Goa, India, convened by the United Nations University (UNU), the members of the UNU Advisory Committee acted in their own personal capacity.

[24] These Guidelines, adopted on 15 February 1988, were the outcome of prolonged discussions, which formed part of a major study sponsored by the UNU. It is not my intention to recall, in the present separate opinion, the points raised in those discussions, annotated in the unpublished UNU dossiers and working documents, on file with me since February 1988.

bule). Elle ajoute notamment que «[l]es générations présentes devraient s'efforcer d'assurer le maintien et la perpétuation de l'humanité, dans le respect de la dignité de la personne humaine» (art. 3). Presque deux décennies auparavant, l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies adoptait, le 30 octobre 1980, sa résolution proclamant «la responsabilité historique des Etats concernant la préservation de la nature pour les générations présentes et futures» (par. 1), et appelait en outre les Etats à prendre «les mesures nécessaires ... en vue de préserver la nature», «dans l'intérêt des générations présentes et futures» (par. 3)...

Qu'il me soit permis de rappeler que le sujet en question a initialement été abordé, au début de l'année 1988, par le comité consultatif de l'Université des Nations Unies (UNU), dans le cadre d'un projet visant à apporter une réponse novatrice aux préoccupations grandissantes concernant l'épuisement des ressources naturelles et la dégradation de l'environnement ainsi qu'à faire en sorte que soit reconnue la nécessité de préserver le patrimoine naturel et culturel (à tous les niveaux, national, régional et international, qu'il soit public ou non). Le comité consultatif, composé de professeurs originaires de différents continents[22], s'est réuni à Goa, en Inde[23], et a publié, le 15 février 1988, un document final intitulé «Directives de Goa relatives à l'équité intergénérationnelle»[24], dans lequel il était déclaré ce qui suit:

> «[La] dimension temporelle s'articule autour du développement de la théorie de l'«équité intergénérationnelle». A chaque génération, tous les êtres humains, en tant qu'espèce, héritent des générations précédentes un patrimoine naturel et culturel, dont ils sont à la fois les bénéficiaires et les gardiens ayant le devoir de transmettre cet héritage aux générations futures. L'idée qui est au cœur de cette théorie est que le droit de chaque génération de tirer avantage de cet héritage naturel et culturel est inséparablement lié à l'obligation d'en user de manière à pouvoir le transmettre aux générations futures dans un état au moins équivalant à celui dans lequel il se trouvait lorsqu'elle l'a reçu des générations précédentes. Cette obligation implique la conservation et, le cas échéant, l'amélioration de la qualité et de la diversité de cet héritage. La conservation de la diversité culturelle est tout aussi importante que celle de la diversité de l'environnement pour offrir diverses options aux générations futures.

[22] A savoir Mme E. Brown Weiss, M. A. A. Cançado Trindade, M. A.-Ch. Kiss, M. R. S. Pathak, M. Lai Peng Cheng et M. E. W. Ploman.

[23] A la réunion convoquée par l'Université des Nations Unies (UNU) à Goa, en Inde, les membres du comité consultatif sont intervenus à titre personnel.

[24] Les directives adoptées le 15 février 1988 sont le résultat de longs debats qui se sont déroulés dans le cadre d'une grande étude parrainée par l'UNU. Je n'ai pas l'intention de rappeler, dans la présente opinion individuelle, les questions abordées lors de ces débats, annotés dans les dossiers et les documents de travail non publiés de l'UNU, que je conserve depuis 1988.

> Specifically, the principle of intergenerational equity requires conserving the diversity and the quality of biological resources. (. . .)
>
> The principles of equity governing the relationship between generations (. . .) pertain to valued interests of past, present and future generations, covering natural and cultural resources. (. . .) There is a complementarity between recognized human rights and the proposed intergenerational rights. (. . .)'[25]

And the aforementioned UNU document moved on to propose strategies to implement inter-generational rights and obligations. From then onwards, the first studies on this specific topic of inter-generational equity, in the framework of the conceptual universe of International Environmental Law, began to flourish[26]. From the late 1980s onwards, inter-generational equity has been articulated amidst the growing awareness of the vulnerability of the environment, of the threat and gravity of sudden and global changes, and, ultimately, of one's own mortality."[27]

43. Inter-generational equity comes again to the fore in the present case of *Whaling in the Antarctic*. The factual context of the *cas d'espèce* is of course quite distinct from that of the *Pulp Mills* case; yet, significantly, in one and the other, *inter-generational equity* (with its long-term temporal dimension) marks its presence. It does so in distinct international instruments of international environmental law, and in its domain as a whole. And this cannot pass unnoticed here.

44. In this respect, the 1973 CITES Convention, e.g., states in its Preamble that wild fauna and flora "must be protected for this and the generations to come", and adds that "peoples and States are and should be the best protectors of their own wild fauna and flora". The CITES Convention provides for control of trade, and prevention or restriction of exploitation of species (Art. II). The 1979 Convention on the Conservation of Migratory Species of Wild Animals asserts in its Preamble the awareness that each generation "holds the resources of the earth for future generations and has an obligation to ensure that this legacy is conserved and, where utilized, is used wisely". Furthermore, it recognizes in

---

[25] The full text of the "Goa Guidelines on Intergenerational Equity" is reproduced in Annexes to the two following books, whose authors participated in the elaboration of the document: E. Brown Weiss, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity*, *op. cit. supra* note 20, Appendix A, pp. 293-295; A. A. Cançado Trindade, *Direitos Humanos e Meio Ambiente: Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional*, Porto Alegre/Brazil, S. A. Fabris Ed., 1993, Ann. IX, pp. 296-298.

[26] Cf., *inter alia*, *supra* note 20.

[27] *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010 (I)*, pp. 177-180, paras. 114, 118, 120 and 121 of my aforementioned separate opinion.

Plus précisément, le principe de l'équité intergénérationnelle exige que l'on préserve la diversité et la qualité des ressources biologiques...

Les principes d'équité qui régissent la relation entre les générations ... touchent aux intérêts primordiaux des générations passées, présentes et futures, et s'étendent aux ressources naturelles et culturelles. Il existe une complémentarité entre les droits de l'homme déjà reconnus et les droits intergénérationnels proposés...»[25]

Les auteurs de ce document de l'UNU poursuivaient en proposant des stratégies visant à mettre en œuvre les droits et obligations intergénérationnels. Dès lors, les premières études sur le thème spécifique de l'équité intergénérationnelle, dans le cadre de l'univers conceptuel du droit international de l'environnement, commencèrent à se multiplier[26]. A partir de la fin des années 1980, le thème de l'équité intergénérationnelle s'est développé sur fond de prise de conscience croissante de la vulnérabilité de l'environnement, de la menace de changements à l'échelle planétaire et de leur gravité, et, en fin de compte, de notre propre mortalité.»[27]

43. L'équité intergénérationnelle occupe à nouveau une place de premier plan en la présente affaire relative à la *Chasse à la baleine dans l'Antarctique*. Bien que le contexte factuel soit ici nettement distinct de celui de l'affaire des *Usines de pâte à papier*, force est de constater que, dans un cas comme dans l'autre, la notion d'*équité intergénérationnelle* (avec sa dimension temporelle à long terme) est présente. Elle l'est à travers différents instruments régissant le droit international de l'environnement et l'ensemble des questions touchant à ce dernier. Ce point ne saurait ici passer inaperçu.

44. Ainsi, la convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (CITES) de 1973 indique, dans son préambule, que la faune et la flore sauvages «doi[vent] être protégé[es] p[our] les générations présentes et futures», ajoutant que «les peuples et les Etats sont et devraient être les meilleurs protecteurs de leur faune et de leur flore sauvages» et prévoit, en son article II, un contrôle du commerce, ainsi que la prévention ou la restriction de l'exploitation des espèces. La convention sur la conservation des espèces migratrices appartenant à la faune sauvage de 1979 exprime, dans son préambule, la conscience de ce que chaque génération «détient les ressources de la Terre

[25] Le texte intégral des «Directives de Goa relatives à l'équité intergénérationnelle» est reproduit dans les annexes des deux ouvrages suivants, dont les auteurs ont participé à l'élaboration du document: E. Brown Weiss, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity*, *op. cit. supra* note 20, appendice A, p. 293-295; A. A. Cançado Trindade, *Direitos Humanos e Meio Ambiente: Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional*, Porto Alegre/Brésil, éd. S. A. Fabris, 1993, annexe IX, p. 296-298.

[26] Voir, notamment, *supra* note 20.

[27] *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), arrêt, C.I.J. Recueil 2010 (1)*, p. 177-180, par. 114, 118, 120 et 121 de mon opinion individuelle.

the Preamble that "wild animals in their innumerable forms are an irreplaceable part of the earth's natural system which must be conserved for the good of mankind".

45. The 1992 CBD Convention expresses, in its Preamble, the determination "to conserve and sustainably use biological diversity for the benefit of present and future generations". It further asserts in its Preamble that "the conservation of biological diversity is a common concern of humankind", and calls for "the conservation of biological diversity and the sustainable use of its components", also to "contribute to peace for humankind". In its operative part, the CBD Convention then proceeds, in detail, to provide for conservation of biological diversity and its sustainable use (Arts. 1, 6-10, 11-13, and 17-18).

46. In the course of a meeting of a UNEP Group of Legal Experts — of which I keep a good memory — which took place in Malta before the holding of the 1992 UNCED Conference in Rio de Janeiro in the period of the *travaux préparatoires* of the CBD Convention — the need was stressed of relating "preventive with corrective measures, with preventive measures seeming "to lend themselves more easily to an inter-generational perspective"[28]. The Group of Legal Experts then identified "the constitutive elements" of common concern of humankind, namely:

> "involvement of all countries, all societies, and all classes of people within countries and societies; long-term temporal dimension, encompassing present as well as future generations; and some sort of sharing of burdens of environmental protection"[29].

47. In effect, inter-generational equity marks presence nowadays in a wide range of instruments of international environmental law, and indeed of contemporary public international law. It goes beyond the scope of the present separate opinion to dwell extensively upon them. Suffice it here to refer to yet another illustration. The 2001 UNESCO Universal Declaration on Cultural Diversity, e.g., after expressing, in its Preamble, the aspiration to "greater solidarity" on the basis of "recognition of cultural diversity, of awareness of the unity of humankind, and of the development of intercultural exchanges", adds, in Article 1, that "cultural diversity is as necessary for humankind as biodiversity is for nature"; in this

[28] UNEP, "Report on the Proceedings of the Meeting Prepared by the Co-Rapporteurs, Profs. A. A. Cançado Trindade and D. J. Attard", *The Meeting of the Group of Legal Experts to Examine the Concept of the Common Concern of Mankind in Relation to Global Environmental Issues* (D. J. Attard, ed. — Malta, University of Malta, 13-15 December 1990), Nairobi, UNEP, 1991, p. 22, para. 6.

[29] *Ibid.*, p. 21, para. 4.

pour les générations futures et a la mission de faire en sorte que ce legs soit préservé et que, lorsqu'il en est fait usage, cet usage soit fait avec prudence», et reconnaît en outre que «la faune sauvage, dans ses formes innombrables, constitue un élément irremplaçable des systèmes naturels de la Terre, qui doit être conservé pour le bien de l'humanité».

45. La convention sur la diversité biologique de 1992 exprime, dans son préambule, une détermination «à conserver et à utiliser durablement la diversité biologique au profit des générations présentes et futures», et y affirme que «la conservation de la diversité biologique est une préoccupation commune à l'humanité»; il y est appelé à la «conservation de la diversité biologique et [à] l'utilisation durable de ses éléments», notamment dans le but de «contribuer ... à la paix de l'humanité». Les dispositions de cette convention établissent un mécanisme détaillé destiné à assurer la conservation de la diversité biologique et l'utilisation durable de ses éléments (art. premier, 6-10, 11-13 et 17-18).

46. Lors d'une réunion du groupe d'experts juridiques du PNUE — dont je garde un très agréable souvenir —, qui s'est déroulée à Malte, avant la tenue de la conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement (CNUED) de 1992 à Rio de Janeiro, à l'époque des travaux préparatoires de la convention sur la diversité biologique, l'accent a été mis sur la nécessité de combiner «mesures préventives et correctives», les premières semblant «plus adaptées à une perspective intergénérationnelle»[28]. Ont ensuite été énumérés les éléments intéressant l'humanité tout entière, à savoir:

> «la participation de tous les pays, de toutes les sociétés et de toutes les classes sociales au sein des pays et des sociétés; la dimension temporelle à long terme, englobant les générations présentes et futures; et, sous une forme ou sous une autre, un partage des charges en matière de protection de l'environnement»[29].

47. De fait, l'équité intergénérationnelle est aujourd'hui présente dans un grand nombre d'instruments relevant du droit international de l'environnement, et même du droit international public contemporain. Il ne m'appartient pas, dans le cadre de la présente opinion individuelle, d'examiner en détail ces instruments. Qu'il me suffise de donner un dernier exemple. La déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle de 2001, après avoir exprimé, dans son préambule, une aspiration «à une plus grande solidarité fondée sur la reconnaissance de la diversité culturelle, sur la prise de conscience de l'unité du genre humain et sur le développement des échanges interculturels», ajoute, en son article premier,

[28] PNUE, «Report on the Proceedings of the Meeting Prepared by the Co-Rapporteurs, Profs. A. A. Cançado Trindade and D. J. Attard», *The Meeting of the Group of Legal Experts to Examine the Concept of the Common Concern of Mankind in Relation to Global Environmental Issues* (sous la dir. de D. J. Attard — Malte, Université de Malte, 13-15 décembre 1990), Nairobi, PNUE (1991), p. 22, par. 6.

[29] *Ibid.*, p. 21, par. 4.

sense, "it is the common heritage of humanity and should be recognized and affirmed for the benefit of present and future generations".

VII. Conservation of Living Species (Marine Mammals)

1. The Tension between Conservation and Exploitation: Arguments of the Parties

48. In the course of the proceedings (written phase) of the present case *Whaling in the Antarctic*, both Australia and Japan referred, in distinct terms to the conservation of marine mammals. To start with, Australia's Memorial devoted some attention to the development, from the mid-1970s onwards, of a treaty-based regime for the conservation of marine mammals. It observed that, from then onwards, "the international community has adopted an increasingly conservation-oriented approach in the development of treaty regimes, including those covering marine mammals" (para. 4.84). This, in its view, has led to "significant developments in the law relating to conservation" (para. 4.85).

49. In Australia's view, those international instruments recognize "the intrinsic value" of all living species, and "the importance of conservation of migratory species and biological diversity as common concerns of mankind". They are directly relevant to the conservation and management of whales, and support an interpretation of Article VIII of the ICRW that "contributes to, rather than undermines, the conservation of whales" (para. 4.86). Australia then advances "a restrictive interpretation of the Article VIII exception, and a stringent limitation on the use of lethal methods of scientific research if non-lethal means are available" (para. 4.86). Australia further refers to the recognition of the "precautionary approach" in several "international environmental agreements, concerning both broader environmental matters, and, more particularly, the conservation and protection of marine mammals" (para. 4.89).

50. For its part, Japan, in its Counter-Memorial, argued that, in its view, there is "no contradiction" between the conservation and the exploitation of whales, not even under the ICRW (para. 6.15). In the same line of thinking — Japan added — the United Nations Convention on Biological Diversity (CBD) "permits the use of biological resources" in a manner that avoids or minimizes "adverse impacts" on biological diversity (para. 6.17). In Japan's view, the term "use" includes "both commercial exploitation and use for the purposes of scientific research" (para. 6.18). Japan then recalled that the concept of "sustainable use" has been further developed by the Conference of the States parties to the

que «la diversité culturelle est, pour le genre humain, aussi nécessaire que l'est la biodiversité dans l'ordre du vivant», et qu'en ce sens «elle constitue le patrimoine commun de l'humanité et doit être reconnue et affirmée au bénéfice des générations présentes et des générations futures».

VII. La conservation des espèces vivantes (mammifères marins)

1. Antagonisme entre conservation et exploitation: les arguments des Parties

48. Dans le cadre de la procédure (écrite) en l'espèce, l'Australie comme le Japon ont expressément fait référence à la conservation des mammifères marins. Dans son mémoire, l'Australie a ainsi évoqué le développement, depuis le milieu des années 1970, d'un régime conventionnel tendant à la conservation de ces animaux, faisant observer que, à partir de ce moment, «la communauté internationale a adopté une démarche de plus en plus axée sur la conservation, en élaborant des régimes conventionnels, notamment ceux concernant les mammifères marins» (par. 4.84), qui ont entraîné une «évolution considérable ... [du] droit en matière de conservation» (par. 4.85).

49. L'Australie estime que, dans ces instruments, sont reconnues «la valeur intrinsèque» de tous les organismes vivants ainsi que «l'importance de la conservation des espèces migratrices et de la diversité biologique en tant que préoccupations communes de l'humanité». Directement lié à la conservation et à la gestion des stocks de baleines, ce régime conventionnel conforte, selon elle, l'idée que l'article VIII de la convention de 1946 doit être interprété de manière à «contribuer à la conservation des baleines, et non à y faire obstacle» (par. 4.86). L'Australie préconise une «interprétation restrictive de l'exception contenue à l'article VIII, et une limitation rigoureuse du recours à des méthodes létales de recherche scientifique lorsque d'autres, non létales, sont disponibles» (par. 4.86). Elle note en outre que «l'approche de précaution» a été reconnue dans plusieurs «accords internationaux sur l'environnement, qui concernent à la fois des questions environnementales d'ordre général et celles, plus spécifiques, de la conservation et de la protection des mammifères marins» (par. 4.89).

50. Le Japon, pour sa part, soutient dans son contre-mémoire qu'il n'y a «pas de contradiction» entre la conservation des baleines et leur exploitation, fût-ce dans le cadre de la convention de 1946 (par. 6.15). Dans cette optique — ajoute-t-il —, la convention sur la diversité biologique «permet d'utiliser les ressources biologiques» d'une manière qui évite ou atténue «les effets défavorables» sur la diversité biologique (par. 6.17). Par «utilisation», on entend, selon le Japon, «à la fois exploitation commerciale et utilisation en vue de recherches scientifiques» (par. 6.18). Le Japon poursuit en rappelant que la conférence des parties à la convention sur la diversité biologique a apporté des précisions supplémentaires sur la

CBD, which, in 2004, adopted the Addis Ababa Principles and Guidelines for the Sustainable Use of Biodiversity, recognizing that:

> "Sustainable use is a valuable tool to promote conservation of biological diversity, since in many instances it provides incentives for conservation and restoration because of social, cultural and economic benefits that people derive from that use. In turn, sustainable use cannot be achieved without effective conservation measures. In this context, and as recognized in the Plan of Implementation of the World Summit on Sustainable Development, sustainable use is an effective tool to combat poverty, and consequently, to achieve sustainable development." (Memorial of Australia, para. 6.19.)

51. Japan further argued that the policy of "combination of conservation and sustainable use" under the CBD has been a "matter of practical necessity", and "what types and levels of utilization are sustainable will depend on the status of the species and the demands upon it at any particular time" (*ibid.*, para. 6.20). As the "level of exploitation" would depend on "the conservation status of the species in question" — Japan added — it followed that "the measures adopted to promote sustainable use of biological resources should be adjusted according to the information available about a species, bearing in mind the precautionary approach" (*ibid.*, para. 6.22).

2. Whale Stocks — Conservation and Development: Responses of the Parties and the Intervenor to Questions from the Bench

52. There has been growing awareness in recent years that the ICRW does not allow the use of whales to take place to the detriment of the conservation of whale stocks. The general membership of the ICRW (encompassing both whaling and non-whaling States) has been attentive to the growing emphasis on conservation, with more protective measures (by the IWC), and the gradual crystallization of the precautionary principle (cf. *infra*). In the present case of *Whaling in the Antarctic*, in the course of the oral pleadings before the Court (on 8 July 2013), I deemed it fit to put the following questions to Japan, Australia and New Zealand together:

> "[1.] How do you interpret the terms 'conservation and development' of whale stocks under the International Convention for the Regulation of Whaling?
>
> [2.] In your view, can a programme that utilizes lethal methods be considered 'scientific research', in line with the object and purpose of the International Convention for the Regulation of Whaling?"[30]

[30] CR 2013/17, of 8 July 2013, p. 49.

notion d'«utilisation durable»; en 2004, les parties à cette conférence ont adopté les principes et les directives d'Addis-Abeba pour l'utilisation durable de la diversité biologique; elles y affirmaient ce qui suit:

> «L'utilisation durable est un bon moyen de promouvoir la conservation car les avantages sociaux, culturels et économiques qui en découlent favorisent très souvent la protection et la restauration de la diversité biologique. L'utilisation durable exige aussi l'adoption de mesures de conservation efficaces. Comme cela a été reconnu dans le plan d'application du sommet mondial pour le développement durable, elle permet de lutter efficacement contre la pauvreté et, par conséquent, de parvenir à un développement durable.» (Mémoire de l'Australie, par. 6.19.)

51. Le Japon fait également valoir que le choix de conjuguer «conservation et utilisation durable» dans la convention sur la diversité biologique relève «de la nécessité pratique» et que «la question de savoir précisément quels types et quels niveaux d'utilisation sont durables dépend de l'état des espèces et des contraintes dont elles font l'objet à un moment particulier» (*ibid.*, par. 6.20). Puisque le «niveau d'exploitation» d'une espèce considérée dépend de «son état de conservation», ajoute-t-il, «les mesures adoptées pour promouvoir l'utilisation durable des ressources biologiques devraient être ajustées en fonction des informations disponibles sur une espèce, en gardant à l'esprit l'approche de précaution» (*ibid.*, par. 6.22).

2. Stocks de baleines — conservation et développement: réponses des Parties et de l'Etat intervenant aux questions d'un membre de la Cour

52. La conscience que la convention de 1946 ne permet pas d'utiliser des baleines au détriment de la conservation de leurs stocks n'a cessé de croître au cours des dernières années. Les Etats parties à la convention (qui regroupent des nations baleinières et non baleinières) ont été sensibles à l'accentuation de l'aspect relatif à la conservation, ce qu'attestent l'adoption par la CBI de mesures davantage axées sur la protection et la cristallisation progressive du principe de précaution (cf. ci-dessous). Au cours de la procédure orale qui s'est tenue en l'espèce, à l'audience du 8 juillet 2013, j'ai jugé opportun de poser au Japon, à l'Australie et à la Nouvelle-Zélande les questions suivantes:

> «1. Comment interprétez-vous les termes «conservation et accroissement» des peuplements baleiniers, tels qu'ils sont employés dans la convention?
> 2. Selon vous, un programme prévoyant l'emploi de méthodes létales peut-il être considéré comme relevant de la «recherche scientifique» eu égard à l'objet et au but de la convention?»[30]

[30] CR 2013/17, 8 juillet 2013, p. 49.

And then, I addressed the following additional questions only to Japan:

"1. To what extent would the use of alternative non-lethal methods affect the objectives of the JARPA II programme?

2. What would happen to whale stocks if many, or even all States parties to the International Convention for the Regulation of Whaling, decide to undertake 'scientific research' using lethal methods, upon their own initiative, similarly to the *modus operandi* of JARPA II?"[31]

53. The questions I put to Australia, Japan and New Zealand together pertained to the interpretation of the terms "conservation and development" of whale stocks under the ICRW, and to the methods to be used in "scientific research" in the light of the object and purpose of the ICRW. In its answer, Australia drew attention to quotas for "aboriginal subsistence whaling", and to measures for purposes other than consumption (e.g., whale watching)[32]. For its part, Japan referred to the co-existence between "conservationist measures" (e.g., moratorium and sanctuaries) and "scientific whaling" under Article VIII of the ICRW[33].

54. In its response, the intervenor, New Zealand, warned against the excesses of commercial whaling (also referring to the sustainable use of whale stocks), invoking the Preamble of the ICRW's provision, to the effect that whale capture cannot endanger those "natural resources". New Zealand further referred to the duty of co-operation and "the needs of conservation for the benefit of all". Invoking the precautionary approach, New Zealand ascribed a limited role to Article VIII for the conduct of scientific research, adding that lethal methods could only be used when they created no risk of an adverse effect on the whales stock[34].

55. As to one of the questions I addressed to Japan, pertaining to the objectives of a programme *(supra)*, the argument advanced by Japan was that the research objectives (of JARPA II) dictated the methods, and not vice versa. If certain data could only be collected by using lethal methods, in its view there would be no alternative non-lethal methods. Japan then added that there were limitations to the use of non-lethal methods of biopsy sampling and satellite tagging[35].

[31] CR 2013/17, of 8 July 2013, p. 49.
[32] CR 2013/19, of 10 July 2013, p. 54, para. 79.
[33] CR 2013/21, of 15 July 2013, pp. 40-41, paras. 20-21.
[34] Written Responses of New Zealand, *op. cit. supra* note 3, pp. 4-5, paras. 1-4.

[35] CR 2013/22, of 15 July 2013, p. 48, para. 20.

J'ai ensuite adressé au Japon les questions suivantes :

« 1. Dans quelle mesure l'emploi de méthodes de substitution non létales aurait-il une incidence sur la réalisation des objectifs du programme JARPA II ?
2. Qu'adviendrait-il des peuplements baleiniers si de nombreux Etats parties à la convention, voire tous, entreprenaient de leur propre initiative des « recherches scientifiques » en ayant recours à des méthodes létales, selon un *modus operandi* analogue à celui de JARPA II ? »[31]

53. Les questions que j'ai posées collectivement à l'Australie, au Japon et à la Nouvelle-Zélande avaient trait à l'interprétation des termes « conservation et accroissement » des stocks de baleines tels qu'employés dans la convention, et aux méthodes à mettre en œuvre dans le cadre de la « recherche scientifique » eu égard à l'objet et au but de cet instrument. Dans sa réponse, l'Australie a appelé l'attention sur les quotas pour « la chasse aborigène de subsistance » et sur des mesures sans rapport avec la consommation, comme l'observation des baleines (ou « whale watching »)[32]. Le Japon, pour sa part, a mis en avant la coexistence de « mesures conservationnistes » (telles que l'instauration d'un moratoire et l'établissement de sanctuaires) et de la « chasse scientifique » pratiquée au titre de l'article VIII de la convention[33].

54. Dans sa réponse, la Nouvelle-Zélande, Etat intervenant, a mis en garde contre les excès observés en matière de chasse commerciale (eu égard également à l'exploitation durable des stocks de baleines), en se référant à la disposition du préambule de la convention qui prévoit que la capture de baleines ne doit pas compromettre ces « ressources naturelles ». Elle a également évoqué le devoir de coopération et les « impératifs de la conservation dans l'intérêt de tous ». Invoquant l'approche de précaution, elle a attribué à l'article VIII un rôle limité aux fins de la conduite d'atrocités de recherche scientifique, estimant que les méthodes létales ne pouvaient être utilisées que lorsqu'il n'existait aucun risque qu'il soit porté préjudice aux peuplements baleiniers[34].

55. En réponse à l'une des questions que je lui avais adressées quant aux objectifs d'un programme (voir ci-dessus), le Japon a affirmé que c'étaient les objectifs de recherche (de JARPA II) qui dictaient les méthodes, et non l'inverse. Si certaines données ne peuvent être recueillies qu'au moyen de méthodes létales, il est, selon lui, impossible de recourir à des méthodes non létales. Le Japon faisait en outre état de limites à l'utilisation des méthodes non létales que sont le prélèvement biopsique et le marquage et le suivi par satellite[35].

---

[31] CR 2013/17, 8 juillet 2013, p. 49.
[32] CR 2013/19, 10 juillet 2013, p. 54, par. 79.
[33] CR 2013/21, 15 juillet 2013, p. 40-41, par. 20-21.
[34] Réponses de la Nouvelle-Zélande aux questions posées par le juge Cançado Trindade, *op. cit. supra* note 3, p. 4-5, par. 1-4.
[35] CR 2013/22, 15 juillet 2013, p. 48, par. 20.

56. Australia retorted that the objectives of JARPA II were, in its view, rather vague and general, and seemed to have been adopted and applied so as to allow the killing of whales; thus, the methods (of JARPA II) dictated the objectives, and not vice versa. After criticizing the stated objectives of JARPA II, Australia advocated the use of non-lethal methods under that programme. And it added that, if many of the States parties to the ICRW felt entirely free — as Japan does — to decide for itself to issue special permits under Article VIII for the taking of any number of whales, this would certainly have adverse effects on the fin, humpback and other whale stocks[36]. Australia expressed its concern that, as the situation stands at present, "an unknown and indefinite number of whales will be taken under JARPA II"[37].

3. General Assessment

57. It has been made clear, in recent decades, that the international community has adopted a conservation-oriented approach in treaty regimes, including treaties covering marine mammals. The ICRW is to be properly interpreted in this context; it does not stand alone as a single international Convention aimed at conservation and management of marine mammals. The ICRW is part of a plethora of international instruments adopted in recent years, aiming at conservation with a precautionary approach. Amongst these instruments stands the United Nations Convention on Biological Diversity (CBD), adopted at the United Nations Conference on Environment and Development (UNCED), in Rio de Janeiro, on 5 June 1992, which can here be recalled as an international instrument aiming at conservation of living species.

58. The CBD is directly pertinent to conservation and management of whales. For example, in its Preamble, it asserts *inter alia* its determination "to conserve and sustainably use biological diversity for the benefit of present and future generations". In this respect, the ICRW should be read in the light of other international instruments that follow a conservation-oriented approach and the precautionary principle. The existence of the ICRW in relation to Conventions aimed at conservation of living resources supports a narrow interpretation of Article VIII of the ICRW.

59. Accordingly, Article VIII (1), as already pointed out, cannot be broadly interpreted, and cannot at all be taken as a so-called "self-contained" regime or system. It is not a free-standing platform, not a *carte blanche* given to States to do as they freely wish. It is part and parcel of a system of collective guarantee and collective regulation oriented

[36] Written Comments of Australia on Japan's Responses to Questions Put by Judges during the Oral Proceedings, of 19 July 2013, pp. 8-13.

[37] CR 2013/20, of 10 July 2013, p. 16, para. 37.

56. L'Australie a répliqué que les objectifs de JARPA II étaient par trop vagues et généraux, et semblaient avoir été adoptés et poursuivis afin de ménager la possibilité de tuer des baleines; ce sont donc, selon elle, les méthodes (de JARPA II) qui dictent les objectifs, et non l'inverse. Ayant critiqué les objectifs affichés de JARPA II, elle a préconisé le recours à des méthodes non létales dans le cadre de ce programme, ajoutant que, si nombre d'Etats parties à la convention se sentaient entièrement libres de délivrer des permis spéciaux au titre de l'article VIII afin de procéder à la capture du nombre de baleines qu'ils souhaitent, cela porterait assurément préjudice aux populations de rorquals communs, de baleines à bosse et autres espèces de baleines[36]. Enfin, l'Australie s'est déclarée préoccupée par le fait que, si rien ne changeait, «[u]n nombre inconnu et indéterminé de baleines sera[it] capturé dans le cadre de JARPA II»[37].

3. Appréciation générale

57. Il est devenu clair, au cours des dernières décennies, que la communauté internationale a adopté dans les régimes conventionnels, notamment ceux concernant les mammifères marins, une conception axée sur la conservation. Tel est le contexte dans lequel il convient d'interpréter la convention de 1946; elle ne fait pas cavalier seul, en tant qu'elle serait l'unique convention internationale visant la conservation et la gestion des populations de mammifères marins, mais fait partie des nombreux instruments internationaux axés, dans une optique de précaution, sur la conservation qui ont été adoptés ces dernières années. Parmi eux figure notamment la convention des Nations Unies sur la diversité biologique, adoptée le 5 juin 1992, lors de la CNUED de Rio de Janeiro, et qui constitue un exemple d'instrument international visant la conservation des espèces vivantes.

58. La convention sur la diversité biologique intéresse directement la conservation et la gestion des populations de baleines, son préambule faisant par exemple état d'une détermination «à conserver et à utiliser durablement la diversité biologique au profit des générations présentes et futures». La convention de 1946 doit ainsi être lue à la lumière des autres instruments internationaux relevant d'une conception axée sur la conservation et le principe de précaution. C'est l'articulation même de cette convention avec d'autres instruments visant la conservation des ressources vivantes qui milite en faveur d'une interprétation restrictive de son article VIII.

59. En conséquence, le paragraphe 1 de l'article VIII ne saurait, ainsi que je l'ai déjà indiqué, être interprété de manière large, ni être réputé constituer un prétendu système ou régime «se suffisant à lui-même». Il ne constitue pas une plate-forme autonome, non plus qu'il ne donne carte blanche aux Etats pour agir comme bon leur semble. Il fait partie inté-

[36] Observations écrites de l'Australie sur les réponses apportées par le Japon aux questions posées par les juges au cours de la procédure orale, 19 juillet 2013, p. 8-13.
[37] CR 2013/20, 10 juillet 2013, p. 16, par. 37.

towards the conservation of living species. Thus, Article VIII (1) can only be interpreted in a restrictive way; all States parties to the ICRW have recognizedly a common interest in the conservation and in the long-term future of whale stocks.

VIII. Principle of Prevention and the Precautionary Principle: Arguments of the Parties and the Intervenor

60. Although the Court does not dwell upon the precautionary principle or approach in the present Judgment in the case of *Whaling in the Antarctic (Australia* v. *Japan: New Zealand intervening)*, I deem it fit to recall and point out herein that, in the course of the proceedings in the present case, the two contending Parties as well as New Zealand addressed the principle of prevention and the precautionary principle as related to the *cas d'espèce*. In its oral arguments, Australia stressed *conservation* under contemporary international environmental law, invoking its "three main legal pillars", namely, "intergenerational equity, the principle of prevention and the precautionary approach", principles that are to "govern the interpretation and the application of the 1946 Convention régime, as they make it possible for its object and purpose to be achieved"[38].

61. In the same line of thinking, in its Memorial Australia upheld the precautionary principle, asserting that, for example, "[t]he establishment of sanctuaries reflects also the increasing importance of the precautionary approach in the IWC's management and conservation of whales" (p. 42, para. 2.80). It has then added that

> "[t]he IWC now pursues conservation of whales as an end itself. In so doing, it places greater reliance on a precautionary approach to conservation and management combined with a focus on non-consumptive use" (p. 52, para. 2.99).

62. Australia, in sum, identified an "increasingly conservation-oriented approach" (p. 172, para. 4.83). This is so in view of the growing pursuance of the precautionary approach. In Australia's perception,

> "This development, which has been recognized by the IWC, must be taken into account in interpreting the Article VIII exception. In practical terms, and in the face of uncertainty as to the status of whale stocks and the effect of any lethal take, precaution directs an interpretation of Article VIII that limits the killing of whales.
>
> The precautionary approach specifically is intended to provide guidance in the development and application of international environ-

[38] CR 2013/7, of 26 June 2013, pp. 56-58, paras. 50, 55 and 57-58.

grante d'un système de réglementation et de garanties collectives axé sur la conservation des espèces vivantes. Aussi ne peut-il être interprété que dans un sens restrictif, étant entendu que tous les Etats parties à la convention de 1946 ont un intérêt commun à la conservation et à la perpétuation à long terme des peuplements baleiniers.

VIII. Les principes de prévention et de précaution : arguments des Parties et de l'État intervenant

60. Bien que la Cour ne se soit pas étendue sur le principe de précaution dans l'arrêt qu'elle a rendu en la présente affaire, il me paraît utile de rappeler et de souligner ici que les deux Parties en litige et l'Etat intervenant ont, au cours de la procédure, analysé les rapports entre les principes de précaution et de prévention et le cas d'espèce. A *l'audience*, l'Australie a mis en avant la place de la notion de *conservation* dans le droit international contemporain régissant les questions d'environnement, en faisant référence à ses trois grands « piliers juridiques », à savoir « l'équité intergénérationnelle, le principe de prévention et l'approche de précaution » — principes qui doivent « régi[r] l'interprétation et l'application du régime de la convention de 1946 car ils permettent à son objet et à son but d'être atteints »[38].

61. Dans la même optique, l'Australie a, dans son mémoire, mis en exergue le principe de précaution, affirmant que « [l]a création de ... refuges », par exemple, « témoign[ait] de l'importance croissante d'une approche de précaution dans la politique de la CBI en matière de gestion et de conservation des ressources baleinières » (p. 42, par. 2.80), et poursuivant en ces termes :

> « De nos jours, la conservation des baleines constitue un objectif en soi pour la CBI, qui privilégie une gestion fondée sur une approche de précaution, tout en s'intéressant à l'utilisation des ressources à des fins autres que la consommation. » (P. 52, par. 2.99.)

62. En résumé, l'Australie a mis en évidence « l'intérêt croissant porté à la conservation » (p. 172, par. 4.83), l'approche de précaution étant de plus en plus privilégiée. Selon elle,

> « [c]ette nouvelle approche, qui a été reconnue par la CBI, doit être prise en considération pour interpréter l'exception figurant à l'article VIII. Dans la pratique, et vu l'incertitude régnant quant à l'état des populations de baleines et à l'effet de toute prise létale, cette approche de précaution exige une interprétation de l'article VIII qui limite le nombre de baleines tuées.
>
> Face à l'absence de certitude scientifique, l'approche de précaution vise à poser les grands principes du développement du droit inter-

[38] CR 2013/7, 26 juin 2013, p. 56-58, par. 50, 55 et 57-58.

mental law where there is scientific uncertainty. The core of this approach is reflected in Principle 15 of the Rio Declaration (. . .). The approach requires caution and vigilance in decision-making in the face of such uncertainty.

The precautionary approach has been recognized in a number of international policy documents and international environmental agreements, concerning both broader environmental matters and, more particularly, the conservation and protection of marine mammals. (. . .)

The Contracting Governments to the ICRW have agreed to the adoption of a precautionary approach in a wide range of matters. As applied to Article VIII, this means that the uncertainty regarding the status of whale stocks requires Contracting Governments to act with prudence and caution by strictly limiting the grant of special permits under Article VIII." (Memorial of Australia, pp. 173-176, paras. 4.87-4.91.)[39]

63. In sum, in Australia's understanding, developments in international law confirm that "Article VIII is to be interpreted as an exception that is only available in limited circumstances"; Article VIII "is not self-judging", and its application is to be "determined by reference to objective criteria, consistent with those adopted by the Commission established under the ICRW". Such an approach — Australia added — is consistent with "the broader international legal framework in which the ICRW now rests", which promotes a "conservation-oriented focus" that is consistent with the precautionary approach (*ibid.*, pp. 173-176, paras. 4.87-4.91). Australia concluded on this point that "the Article VIII exception" had a "strictly limited application", in particular where there is "uncertainty regarding the status of the relevant whale stocks" (*ibid.*, p. 187, paras. 4.118). Also in its oral arguments, Australia insisted that "the aim of the precautionary approach is conservation (. . .)", and this latter applies in particular "where there is scientific uncertainty"[40].

64. For its part, in its arguments (in the written and oral phases) Japan did not elaborate on the principle of prevention. Furthermore, in its Counter-Memorial, it somehow minimized the precautionary approach[41], but it conceded that such an approach entailed "the conduct of further special permit whaling for scientific purposes as a means of improving

[39] Australia recalled, still in its Memorial, not only the incorporation of the precautionary approach (as propounded in Principle 15 of the Rio Declaration on Environment and Development) in "a growing number of international treaties", but also the contemporary case law on the subject, of the International Court of Justice (case of the *Pulp Mills on the River Uruguay*), as well as of the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS) (the *Southern Bluefin Tuna* cases, and the Advisory Opinion of its Sea-Bed Disputes Chamber, on the *Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area*) (pp. 173-176, paras. 4.87-4.91).

[40] CR 2013/7, of 26 June 2013, p. 47, paras. 53-54.

[41] Counter-Memorial of Japan, p. 132, para. 3.92.

national de l'environnement et de son application. L'essentiel en est reflété dans le principe 15 de la déclaration de Rio... L'incertitude quant à l'incidence [d']activités [risquant de causer de graves dommages à l'environnement] ... impose [aux Etats] de faire preuve de prudence et de vigilance dans leurs décisions.

L'approche de précaution est reconnue dans un certain nombre de déclarations de principe internationales et d'accords internationaux sur l'environnement, qui concernent à la fois des questions environnementales d'ordre général et des questions plus spécifiques, à savoir la conservation et la protection des mammifères marins.

Les gouvernements contractants sont convenus d'adopter une approche de précaution à l'égard d'un large éventail de questions. Dans le cas de l'article VIII, il s'ensuit que, l'état des populations de baleines demeurant incertain, ils doivent faire preuve de prudence et de vigilance en limitant strictement l'octroi de permis spéciaux au titre de cet article.» (Mémoire de l'Australie, p. 173-176, par. 4.87-4.91.)[39]

63. En bref, de l'avis de l'Australie, l'évolution du droit international confirme que «l'article VIII doit être interprété comme une exception à laquelle il ne peut être recouru que dans des cas limités»; il n'est «pas une clause d'application discrétionnaire», son application devant «s'apprécier au regard de critères objectifs, compatibles avec ceux adoptés par la commission établie par la convention de 1946». Cet avis, estime l'Australie, est conforme au «cadre juridique international plus général dans lequel la convention de 1946 s'inscrit à l'heure actuelle», un cadre «qui favorise la conservation» et qui est conforme à l'approche de précaution (*ibid.*, p. 173-176, par. 4.87-4.91). L'Australie conclut sur ce point que «l'exception définie à l'article VIII» est d'«application strictement limitée», en particulier lorsqu'il existe «une incertitude quant à l'état des peuplements baleiniers concernés» (*ibid.*, p. 187, par. 4.118). A l'audience aussi, l'Australie a souligné que «l'approche de précaution vis[ait] la conservation», surtout «dans les contextes d'incertitude scientifique»[40].

64. Le Japon, dans ses plaidoiries (écrites et orales), n'a pas analysé de manière approfondie le principe de prévention. Dans son contre-mémoire, il a en outre trouvé le moyen de minorer l'importance de l'approche de précaution[41], tout en soutenant que celle-ci supposait «de conduire de nouvelles activités de chasse en vertu de permis spéciaux délivrés à des

[39] L'Australie a rappelé, toujours dans son mémoire, que l'approche de précaution (telle qu'énoncée dans le principe 15 de la déclaration de Rio sur l'environnement et le développement) a été intégrée «dans un nombre croissant de traités ... internationaux», mais également dans la jurisprudence contemporaine pertinente constituée tant par la CIJ (affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*) que par le tribunal international du droit de la mer (TIDM) (affaires du *Thon à nageoire bleue* et *Responsabilités et obligations des Etats qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, demande d'avis consultatif soumise à la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins) (p. 173-176, par. 4.87-4.91).

[40] CR 2013/7, 26 juin 2013, p. 47, par. 53-54.

[41] Contre-mémoire du Japon, p. 132, par. 3.92.

understanding of marine ecosystems and the sustainability of whale stocks"; it was on that basis, Japan added, "that JARPA and JARPA II have been designed and carried out", in a "prudent and cautious" way, posing "no risk to the survival of abundant minke whale stocks"[42].

65. In its oral arguments, Japan further stated that it was conducting "scientific research" in such a way that "no harm to stocks" would occur "in full application of the precautionary approach". It added that "[l]ittle is known of the ecosystem in the Antarctic Ocean", and it was "precisely to supply the Scientific Committee with necessary scientific data that Japan is pursuing research whaling", and, together with "other nations' contribution, conservation and management based on science under the IWC has been making progress"[43]. In invoking the precautionary approach (as expressed in Principle 15 of the Rio Declaration on Environment and Development), Japan asserted that the JARPA II programme was "consistent" with its requirements; Japan then called for "a permissive interpretation and application of Article VIII of the ICRW, so as to render it effective"[44].

66. For its part, New Zealand, in its oral arguments, in addressing the *principle of prevention*, stated that "consultations and negotiations" — in pursuance of the duty of co-operation — are to be "meaningful"[45], also taking into account "the views and legitimate interests of others"[46]. Turning to the precautionary principle or approach, New Zealand argued, in its written observations, that States parties to the ICRW do not have full discretion, in the form of a "blank cheque", to "determine the number of whales to be killed under special permit under Article VIII"; they have to proceed reasonably, so as to achieve the object and purpose of the Convention as a whole[47].

67. That number of whales, New Zealand proceeded in its written observations, ought to be "necessary and proportionate to the objectives of the scientific research", pursuant to the precautionary approach as related to "the conservation and management of living marine resources".

---

[42] Japan added that "possible effects of JARPA II catches on whale stocks were analysed and submitted to the IWC Scientific Committee in 2005", and those analyses concluded that "there would be no adverse effects on the long-term status of any of the targeted whale species in the Antarctic". Japan concluded that, if there was "scientific uncertainty about the conservation status and population dynamics of whale stocks", then further research would become necessary, and it would keep on "acting prudently in continuing to conduct JARPA II" (Counter-Memorial of Japan, pp. 424-426, paras. 9.33-9.36).

[43] CR 2013/12, of 2 July 2013, pp. 15-16, para. 9.

[44] CR 2013/16, of 4 July 2013, pp. 29-35, para. 19, and cf. also paras. 11-12, 15-16, and 20-21.

[45] CR 2013/17, of 8 July 2013, p. 45, para. 30.

[46] *Ibid.*, p. 46, para. 33.

[47] *Ibid.*, pp. 25-27, paras. 34-38.

fins scientifiques, afin d'améliorer la connaissance des écosystèmes marins et la viabilité des populations baleinières» ; c'est sur cette base, ajoutait-il, «que JARPA et JARPA II ont été conçus et mis en œuvre», dans une optique de «précaution et prudence», de sorte qu'ils «ne menacent nullement la survie des abondantes populations de petits rorquals»[42].

65. A l'audience, le Japon a de plus affirmé qu'il «observ[ait] pleinement l'approche de précaution» dans la conduite de ses travaux de «recherche scientifique» en veillant à ce que ceux-ci n'aient pas «d'effets délétères sur les stocks étudiés». «L'écosystème de l'Antarctique est très mal connu», et c'est «précisément pour fournir au comité scientifique les données scientifiques nécessaires que le Japon continue de pratiquer la chasse à la baleine à des fins de recherche», a-t-il précisé, ajoutant que, grâce à ces travaux et «aux contributions d'autres Etats, des progrès ont été accomplis, sous l'égide de la CBI, dans le sens de la conservation et de la gestion scientifiquement fondées»[43]. A propos de l'approche de précaution (telle qu'exprimée dans le principe 15 de la déclaration de Rio sur l'environnement et le développement), il a fait valoir que JARPA II était «conforme» aux exigences d'une telle approche, avant d'appeler à une interprétation et une application permissives de l'article VIII de la convention de 1946, pour lui assurer un effet utile[44].

66. La Nouvelle-Zélande, quant à elle, a affirmé à l'audience, à propos du *principe de prévention*, que «les consultations et les négociations» — requises au titre du devoir de coopération — devaient être «effectives»[45], eu égard aussi aux «vues et ... intérêts légitimes d'autrui»[46]. A propos du principe ou de l'approche de précaution, elle a fait valoir, dans ses observations écrites, que les Etats parties à la convention de 1946 ne jouissaient pas d'un pouvoir entièrement discrétionnaire, sous forme de «chèque en blanc», leur permettant de «déterminer le nombre de baleines pouvant être tuées au titre d'un permis spécial en vertu de l'article VIII» ; force leur est d'agir de manière raisonnable, afin de réaliser l'objet et le but de la convention dans son ensemble[47].

67. La Nouvelle-Zélande fait valoir dans ses observations écrites que ce nombre doit être limité au «minimum indispensable à la réalisation des objectifs de la recherche scientifique et proportionné à ceux-ci», conformément à l'approche de précaution en matière de «conservation et [de]

[42] Le Japon ajoute que «les effets potentiels sur les populations baleinières des captures réalisées en vertu du programme JARPA II ont été analysés et soumis au comité scientifique de la CBI en 2005», et que ces analyses ont permis de conclure à «l'absence d'effets néfastes, à long terme, sur les espèces ciblées présentes dans l'Antarctique». Et de conclure que, s'il existe «une incertitude scientifique concernant l'état de conservation et la dynamique des populations baleinières», des recherches supplémentaires se révéleront nécessaires et le Japon continuera de faire «preuve de prudence en poursuivant son programme JARPA II» (contre-mémoire du Japon, p. 424-426, par. 9.33-9.36).

[43] CR 2013/12, 2 juillet 2013, p. 15-16, par. 9.

[44] CR 2013/16, 4 juillet 2013, p. 29-35, par. 19 ; cf. aussi, par. 11-12, 15-16 et 20-21.

[45] CR 2013/17, 8 juillet 2013, p. 45, par. 30.

[46] *Ibid.*, p. 46, par. 33.

[47] *Ibid.*, p. 25-27, par. 34-38.

New Zealand added in its written observations, that States parties are required to act with "prudence and caution", particularly when "information is uncertain, unreliable or inadequate", so as to avoid "any harm" (CR 2013/17, of 8 July 2013, pp. 40-41, paras. 73-74). In issuing a special permit, a State party to the ICRW is to demonstrate that it "will avoid any adverse effect on the conservation of the stock" (*ibid.*, p. 41, para. 75).

68. Again in its oral arguments, New Zealand sustained that the issue here in contention is the number of whales to be killed, which, in its view, cannot be "entirely self-judging", nor completely without review[48]. In its view, the determination of that number should take into account certain factors, namely:

> "*(a)* first, the number of whales killed must be the lowest necessary for, and proportionate to, the purposes of scientific research;
> *(b)* as a consequence, there is an expectation that non-lethal methods of research will be used;
> *(c)* third, the number of whales to be killed must be set at a level which takes into account the precautionary approach; and
> *(d)* finally, the discretion to set the number of whales to be killed must be exercised reasonably and consistent with the object and purpose of the Convention"[49].

69. Insisting on the relevance of the precautionary approach, New Zealand added that States parties to the ICRW "should act with prudence and caution when applying provisions, such as Article VIII, which may have an effect on the conservation of natural resources". Such "prudence and caution" are even more needed "when the information is uncertain, unreliable or inadequate" (*ibid.*, para. 15). A "prudent and cautious" approach would ensure that the number of whales to be taken "is necessary and proportionate", and would "give preference to the conduct of non-lethal methods of research. (. . .) [U]ncertainty is the very reason for acting with caution."[50]

70. Even if the Court, in the present Judgment in the *Whaling in the Antarctic* case, has not seen it fit to pronounce on the principle of prevention and the precautionary principle, it is, in my view, significant that the contending Parties, Australia and Japan, and the intervenor, New Zealand, have cared to refer to these principles, in general, in their arguments as to whether or not Japan's whaling practices under special permits conform to them. Such principles are to inform and conform any programmes under special permits within the limited scope of Article VIII of the ICRW. Furthermore, the principles of prevention and precaution appear interrelated in the present case of *Whaling in the Antarctic*.

[48] CR 2013/17, of 8 July 2013, p. 35, para. 3.
[49] *Ibid.*, pp. 35-36, para. 3.
[50] *Ibid.*, p. 40, para. 17.

gestion de la faune et de la flore marines», ajoutant que les Etats parties sont tenus d'agir avec «prudence et précaution», tout particulièrement lorsque «les informations sont incertaines, peu fiables ou inadaptées», afin d'éviter que ces activités ne soient «nui[sibles]» (CR 2013/17, 8 juillet 2013, p. 40-41, par. 73-74). Le gouvernement contractant qui délivre un permis spécial devra également démontrer qu'il ne sera pas «port[é] préjudice à la conservation des stocks» (*ibid.*, p. 41, par. 75).

68. La Nouvelle-Zélande, à l'audience une fois de plus, a soutenu que l'enjeu en l'espèce était le nombre de baleines qu'il s'agissait de tuer, élément qui, selon elle, ne relevait pas d'une «décision entièrement discrétionnaire», non plus qu'il ne pourrait échapper à tout examen[48]. D'après elle, la détermination de ce nombre suppose la prise en considération de plusieurs facteurs, parmi lesquels figurent les éléments suivants:

«*a)* premièrement, ce nombre doit être restreint au minimum nécessaire et être proportionné aux objets de la recherche scientifique;
b) en conséquence, les méthodes de recherche non létales doivent être privilégiées;
c) troisièmement, le niveau auquel est fixé le nombre de baleines à mettre à mort doit tenir compte du principe de précaution;
d) enfin, le pouvoir discrétionnaire de déterminer le nombre de baleines à mettre à mort doit être exercé de manière raisonnable et compatible avec l'objet et le but de la convention»[49].

69. Insistant sur l'importance de l'approche de précaution, la Nouvelle-Zélande a ajouté que les Etats parties à la convention «dev[aient] faire preuve de prudence et de précaution dans l'application des dispositions des accords internationaux auxquels ils sont parties et qui, tel l'article VIII, peuvent avoir une incidence sur la conservation des ressources naturelles». La nécessité d'agir ainsi «avec prudence et précaution» est encore plus grande «lorsque l'information est incertaine, peu fiable ou insuffisante» (*ibid.*, par. 15). Agir «avec prudence et précaution» suppose que le nombre de prises remplisse «le critère de nécessité et de proportionnalité», et que «la préférence soit donnée aux méthodes de recherche non létales... [C]'est précisément [l]'incertitude qui commande d'agir avec précaution.»[50]

70. Même si la Cour, dans l'arrêt qu'elle rend ici en l'affaire de la *Chasse à la baleine dans l'Antarctique*, n'a pas jugé utile de se prononcer sur les principes de prévention et de précaution, il est selon moi significatif que les Parties en présence, l'Australie et le Japon, ainsi que l'Etat intervenant, la Nouvelle-Zélande, aient pris soin de s'y référer de manière générale, se posant la question de savoir si les activités baleinières menées par le Japon au titre de permis spéciaux y étaient conformes. De tels principes doivent inspirer et façonner tout programme mené au titre d'un permis spécial, dont la portée est limitée par l'article VIII de la convention. En outre, les principes de prévention et de précaution semblent en la présente affaire intimement liés.

[48] CR 2013/17, 8 juillet 2013, p. 35, par. 3.
[49] *Ibid.*, p. 35-36, par. 3.
[50] *Ibid.*, p. 40, par. 17.

71. May I add just one final remark in this respect. Despite the hesitation of the ICJ (and of other international tribunals in general) to pronounce and dwell upon the precautionary principle, expert writing increasingly examines it, drawing attention to its incidence when there is need to take protective measures in face of risks, even in the absence of corresponding scientific proof. The precautionary principle, in turn, draws attention to the time factor, the temporal dimension, which marks a noticeable presence in the interpretation and application of treaties and instruments of international environmental law[51]. In this domain in general, and in respect of the ICRW in particular, there has occurred, with the passing of time, a move towards conservation of living marine resources as a common interest, prevailing over State unilateral action in search of commercial profitability[52]. This move has taken place by the operation of the system of collective guarantee, collective decision-making and collective regulation under the ICRW (cf. item II, *supra*).

IX. Responses from the Experts, and Remaining Uncertainties around "Scientific Research" (under JARPA II)

72. During the public sittings of the Court, I deemed it fit to put several questions to the experts of Australia and Japan. In response to my five questions put to him, the expert of Australia (M. Mangel) addressed the availability of non-lethal research techniques to States parties to the 1946 ICRW in the context of conservation and management of whales, pointing out that their use (so as to replace lethal methods) would depend on "having a relevant question", as there is "always a tension in the scientific community about the exact question"[53]. Satellite tagging, e.g., has become a non-lethal tool, with the technological development as from the early 1990s, for the collection of information (e.g., on the movement of whales)[54].

73. In response to my three questions put to him, the expert of Japan (L. Walløe) compared biopsy sampling with lethal sampling. He admitted that he could not determine the total of whales to be killed to attain the objectives of "scientific research" (as under JARPA II), as that, in his view, would depend on the question one would be focusing on; but, "for the time being", he added, and "for some years", it would "be justified to

[51] Cf., generally, e.g., Y. Tanaka, "Reflections on Time Elements in the International Law of the Environment", 73 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (2013), pp. 143-147, 150-156, 165-167 and 170-175.

[52] Cf. M. Bowman, "'Normalizing' the International Convention for the Regulation of Whaling", 29 *Michigan Journal of International Law* (2008), pp. 139, 163, 175-177 and 199.

[53] CR 2013/9, of 27 June 2013, pp. 64-66.

[54] *Ibid.*, pp. 66-67.

71. Qu'il me soit simplement permis d'ajouter une dernière remarque en conclusion de ce point. En dépit de la réticence de la CIJ (et des autres juridictions internationales, de manière générale) à se prononcer ou à s'arrêter sur le principe de précaution, celui-ci est de plus en plus présent dans la doctrine, qui le met en avant lorsqu'il est nécessaire de prendre des mesures de protection dès lors que des risques existent, fût-ce en l'absence de preuve scientifique que ces risques existent. Le principe de précaution, quant à lui, met en jeu le facteur temps, la dimension temporelle qui se fait clairement sentir dans l'interprétation et l'application des traités et des instruments relevant du droit international de l'environnement[51]. Dans ce domaine en général, et en ce qui concerne la convention de 1946 en particulier, la conservation des ressources marines vivantes est devenue, au fil du temps, un intérêt commun prévalant sur la rentabilité commerciale recherchée unilatéralement par les Etats[52], par l'effet de la mise en œuvre du système de garanties, de prise de décisions et de réglementation collective selon la convention de 1946 (voir point II ci-dessus).

IX. Les réponses des experts et les incertitudes demeurant autour de la «recherche scientifique» (au titre de JARPA II)

72. A l'audience, il m'a semblé opportun de poser aux experts de l'Australie et du Japon un certain nombre de questions. En réponse aux cinq questions que je lui ai adressées, l'expert de l'Australie (M. Mangel) a évoqué la possibilité qu'ont les Etats parties à la convention de 1946 de recourir à des méthodes de recherche non létales dans le contexte de la conservation des baleines, le recours à de telles méthodes (par opposition à des méthodes létales) dépendant de la «question qui est au centre de la recherche», sachant qu'il existe une «tension permanente au sein de la communauté scientifique» sur ce point précis[53]. Le procédé de marquage et de suivi par satellite, par exemple, est devenu, avec les développements technologiques observés dès le début des années 1990, un moyen non létal de recueillir des informations (par exemple, sur les déplacements des cétacés)[54].

73. En réponse aux trois questions que je lui ai posées, l'expert du Japon (L. Walløe) a comparé les prélèvements biopsiques à l'échantillonnage létal. Il a reconnu ne pas être en mesure de déterminer le nombre total de baleines devant être tuées pour permettre la réalisation des objectifs de «recherche scientifique» (tels que définis dans le cadre de JARPA II), dans la mesure où cela dépendrait de la question qui serait

[51] Voir, de manière générale, par exemple Y. Tanaka, «Reflections on Time Elements in the International Law of the Environment», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (2013), vol. 73, p. 143-147, 150-156, 165-167 et 170-175.

[52] Voir M. Bowman, ««Normalizing» the International Convention for the Regulation of Whaling», *Michigan Journal of International Law* (2008), vol. 29, p. 139, 163, 175-177 et 199.

[53] CR 2013/9, 27 juin 2013, p. 64-66.

[54] *Ibid.*, p. 66-67.

kill 850"[55]. He submitted that, for certain purposes, "lethal research" (e.g., on the amount of stomach contents) continued to be necessary[56]. Yet, despite these responses, there remained, in my perception, the impression of a lack of general criteria for the determination of the total whales to be killed, and for how long, for the purposes of so-called "scientific research".

74. "Scientific research" is surrounded by uncertainties; it is undertaken on the basis of uncertainties. Suffice it here to recall the legacy of Karl Popper, who used to ponder wisely that scientific knowledge can only be uncertain or conjectural, while ignorance is infinite. Scientific research is a search for truth, amidst conjectures, and, given one's fallibility, one has to learn with mistakes incurred into. One can hope to be coming closer to truth, but without knowing for sure whether one is distant from, or near it. Without the ineluctable refutations, science would fall into stagnation, losing its empirical character. Conjectures and refutations are needed, for science to keep on advancing in its empirical path[57]. As for the *cas d'espèce*, would this mean that whales could keep on being killed, and increasingly so, for "scientific purposes" and amidst scientific uncertainty? I do not think so; there are also non-lethal methods, and, after all, living marine resources are not inexhaustible.

X. Reiterated Calls under the ICRW for Non-Lethal Use of Cetaceans

75. The reiterated calls for non-lethal use of cetaceans, under the ICRW, cannot pass unnoticed here. In its resolution 1995-9, on whaling under special permit, the IWC recommended that "scientific research" intended to assist the comprehensive assessment of whale stocks should be undertaken by non-lethal means; furthermore, it recalled that the ICRW recognizes the common interest of all "the nations of the world" in safeguarding the "great natural resources" of whale stocks "for future generations". Subsequently, in its resolution 2005-I, on JARPA II, the IWC began by recalling (second preambular paragraph) that

> "since the moratorium on commercial whaling came into force in 1985-1986, the IWC has adopted over 30 resolutions on special

[55] CR 2013/14, of 3 July 2013, pp. 50-51.
[56] *Ibid.*, pp. 51-52.
[57] Cf. Karl R. Popper, *Conjecturas e Refutações — O Progresso do Conhecimento Científico* [*Conjectures and Refutations — The Growth of Scientific Knowledge*], 5th ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 2008, pp. 255, 257, 260, 269 and 271.

examinée, affirmant toutefois que, «pour le moment — et pendant encore quelques années —, la mise à mort de 850 individus se justifi[ait]»[55]. Il a ajouté que, à certains égards, la «recherche létale» (dans le cadre, par exemple, de l'étude du contenu stomacal) continuait d'être nécessaire[56]. Néanmoins, en dépit de ces réponses, demeurait à mon sens l'impression qu'il n'existait pas de critères globaux permettant de déterminer le nombre total de baleines devant être mises à mort, ni l'intervalle de temps dans lequel de telles activités devaient s'inscrire, pour que l'on puisse considérer celles-ci comme menées aux fins de la «recherche scientifique».

74. La «recherche scientifique» est entourée d'incertitudes et est menée en toute conscience de ce fait. Il suffit de se souvenir de ce que Karl Popper nous a appris dans sa grande sagesse, à savoir que le savoir scientifique ne peut être qu'incertain ou conjectural, alors que l'ignorance est infinie. La recherche scientifique est une quête de vérité parmi des conjectures, et puisque nous sommes faillibles, il nous faut apprendre en faisant des erreurs. Nous pouvons espérer nous rapprocher de la vérité, mais sans vraiment savoir si nous en sommes loin ou proches. Sans les réfutations qu'elle appelle nécessairement, la science en viendrait à stagner et à perdre son caractère empirique. Les conjectures et les réfutations sont essentielles au progrès de la science abordée dans cette optique[57]. En l'espèce, cela signifierait-il que l'on peut continuer à tuer des baleines, et de plus en plus, «à des fins scientifiques» et en pleine incertitude scientifique? Je ne le pense pas; il existe aussi des méthodes non létales et, après tout, les ressources marines vivantes ne sont pas inépuisables.

X. Des appels réitérés, sous les auspices de la convention de 1946, en faveur d'une utilisation non létale des cétacés

75. On ne saurait ici passer sous silence les appels réitérés qui ont été formulés sous les auspices de la convention de 1946 en faveur d'une utilisation non létale des cétacés. Dans sa résolution 1995-9 sur la chasse à la baleine au titre de permis spéciaux, la CBI recommande de mener au moyen de méthodes non létales les activités de «recherche scientifique» destinées à contribuer à l'évaluation globale des stocks de baleines; elle rappelle en outre que la convention de 1946 reconnaît l'intérêt commun qu'ont toutes «les nations du monde» à sauvegarder les «grandes ressources naturelles» représentées par les stocks de baleines «au profit des générations futures». Dans sa résolution 2005-I consacrée à JARPA II, la CBI commence par rappeler (préambule, alinéa 2) que,

> «depuis l'entrée en vigueur du moratoire interdisant la chasse à la baleine à des fins commerciales en 1985-1986, [elle] a adopté plus de

[55] CR 2013/14, 3 juillet 2013, p. 50-51.
[56] *Ibid.*, p. 51-52.
[57] Cf. Karl R. Popper, *Conjectures et réfutations — La croissance du savoir scientifique*, éd. Payot, 2006.

permit whaling in which it has generally expressed its opinion that special permit whaling should: be terminated and scientific research limited to non-lethal methods only (2003-2); refrain from involving the killing of cetaceans in sanctuaries (1998-4); ensure that the recovery of populations is not impeded (1987); and take account of the comments of the Scientific Committee (1987)".

76. Resolution 2005-I of the IWC proceeded to express concern (sixth preambular paragraph) that "more than 6,800 Antarctic minke whales *(Balaenoptera bonaerensis)* have been killed in Antarctic waters under the 18 years of JARPA, compared with a total of 840 whales killed globally by Japan for scientific research in the 31-year period prior to the moratorium". It then noted (tenth preambular paragraph) that "some humpback whales which will be targeted by JARPA II belong to small, vulnerable breeding populations around small island States in the South Pacific", and "even small takes could have a detrimental effect on the recovery and survival of such populations". The IWC further expressed concern (eleventh preambular paragraph) that "JARPA II may have an adverse impact on established long-term whale research projects involving humpback whales". At last, the operative part of resolution 2005-I "strongly" urged Japan to withdraw its JARPA II proposal, or else to revise it to consider using non-lethal means.

77. Two years later, the IWC adopted two new resolutions on the non-lethal use of whale resources. In resolution 2007-1, the IWC recalled that paragraph 7 *(b)* of the Schedule establishes the Southern Ocean Sanctuary; it further recalled its repeated requests to States parties to refrain from issuing special permits for research involving the killing of whales within the Southern Ocean Sanctuary. It then expressed concern at continuing lethal "research" within the Southern Ocean Sanctuary. In relation to JARPA II in particular, the IWC noted that, thereunder, "the take of minke whales has been more than doubled, and fin whales and humpback whales have been added to the list of targeted species" (fourth preambular paragraph). Convinced that "the aims of JARPA II do not address critically important research needs" (six preambular paragraph), resolution 2007-I, in its operative part, called upon Japan 31 recommendations of the Scientific Committee and "to suspend indefinitely the lethal aspects of JARPA II conducted within the Southern Ocean Whale Sanctuary".

78. In addition, the IWC recalled, in resolution 2007-3 (on Non-Lethal Use of Cetaceans), the ICRW's aim to safeguard "the natural resources represented by whale stocks for the benefit of future generations" (first preambular paragraph). It noted that many coastal States adopted poli-

trente résolutions sur la chasse à la baleine au titre d'un permis spécial, dans lesquelles elle a généralement exprimé sa position sur cette forme de chasse en déclarant qu'il fallait mettre un terme à la chasse à la baleine au titre d'un permis spécial et recourir uniquement à des méthodes non létales dans le cadre de la recherche scientifique (2003-2), s'abstenir de tuer des cétacés dans les sanctuaires (1998-4), veiller à ne pas compromettre la reconstitution des populations (1987) et tenir compte des commentaires du comité scientifique (1987)».

76. Dans sa résolution 2005-I, la CBI se dit (préambule, alinéa 6) préoccupée par «le fait que plus de 6800 petits rorquals de l'Antarctique (*Balaenoptera bonaerensis*) ont été tués dans les eaux de l'Antarctique pendant les dix-huit années du programme JARPA, comparés aux 840 baleines tuées à l'échelle mondiale par le Japon à des fins de recherche scientifique pendant les trente et une années qui ont précédé le moratoire», précisant (*ibid.*, alinéa 10) que «certaines des baleines à bosse visées par le programme JARPA II appartiennent à des populations reproductrices de taille modeste et vulnérables vivant autour des Etats archipels du Pacifique sud, et que des prélèvements, même faibles, pourraient avoir un effet préjudiciable sur la reconstitution et la survie de ces peuplements». La CBI se déclare également préoccupée (*ibid.*, alinéa 11) par le fait que «le programme JARPA II pourrait avoir un effet préjudiciable sur les projets déjà en place de recherche à long terme sur les baleines à bosse». Enfin, dans le dispositif de la résolution, elle invite «instamment» le Japon à retirer sa proposition au titre du programme JARPA II ou à la reviser dans le dessein de recourir à des méthodes non létales.

77. Deux ans plus tard, la CBI a adoptée deux nouvelles résolutions sur l'utilisation non létale des ressources baleinières. Dans la résolution 2007-1, elle rappelle que le paragraphe 7 *b)* du règlement annexé à la convention établit un sanctuaire dans l'océan Austral, et qu'elle a, à maintes reprises, demandé aux Etats parties de s'abstenir de délivrer des permis spéciaux en vue de recherches scientifiques impliquant la mise à mort de baleines dans ce sanctuaire, avant d'exprimer sa profonde inquiétude quant au fait que des recherches létales s'y poursuivent. A propos de JARPA II en particulier, la CBI note que, dans le cadre de ce programme, «les prises de petits rorquals ont plus que doublé, et [que] les rorquals communs et les baleines à bosse ont été ajoutés à la liste des espèces visées» (*ibid.*, alinéa 4). Convaincue que «les objectifs du programme JARPA II ne répondent pas à des besoins d'une importance cruciale pour la recherche» (*ibid.*, alinéa 6), la CBI, dans le dispositif de cette même résolution, appelle le Japon à donner suite aux trente et une recommandations du comité scientifique et «à suspendre indéfiniment le recours à des méthodes létales dans le cadre du programme JARPA II dans le sanctuaire baleinier de l'océan Austral».

78. Dans sa résolution 2007-3 (sur l'utilisation non létale des cétacés), la CBI rappelle en outre que la convention de 1946 a pour but de sauvegarder, «au profit des générations futures, les grandes ressources naturelles représentées par les stocks de baleines» (*ibid.*, alinéa premier), et

cies of non-lethal use of cetaceans in the waters under their jurisdiction, in the light of relevant provisions of the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea and the 1992 Rio Declaration on Environment and Development (second preambular paragraph). It pondered that "most whale species are highly migratory" and are "thus shared biodiversity resources" (third preambular paragraph). Calling for the non-lethal use of whales, it further noted that "the moratorium on commercial whaling has been in effect since 1986 and has contributed to the recovery of some cetacean populations essential for the promotion of non-lethal uses in many countries" (sixth preambular paragraph).

79. Next, in the same resolution 2007-3, the IWC expressed its concern that whales in the twenty-first century "face a wider range of threats than those envisaged when the ICRW was concluded in 1946" (seventh preambular paragraph). The IWC further notes that the Buenos Aires Declaration states that "high quality and well managed implementation of whale watching tourism promotes economic growth and social and cultural development of local communities, bringing educational and scientific benefits, whilst contributing to the protection of cetacean populations" (eighth preambular paragraph). Accordingly, in the operative part of resolution 2007-3, the IWC recognized, first, the valuable benefits to be derived from "the non-lethal uses of cetaceans as a resource, both in terms of socio-economic and scientific development", and secondly, the non-lethal use as "a legitimate management strategy". Thus, the IWC encouraged member States "to work constructively" towards "the incorporation" of the needs of non-lethal uses of whale resources in "any future decisions and agreements".

XI. Concluding Observations, on the JARPA II Programme and the Requirements of the ICRW and Its Schedule

80. Last but not least, as to the central question of the present case, that is, whether JARPA II is in conformity with the ICRW and its Schedule, — object of the main controversy between Australia and Japan — in my perception JARPA II does not meet the requirements of a programme "for purposes of scientific research" and does not fall under the exception contained in Article VIII of the ICRW. There are a few characteristics of JARPA II which do not allow it to qualify under the exception of Article VIII, to be restrictively interpreted; in effect, the programme at issue does not seem to be genuinely and *solely* motivated by the purpose of conducting scientific research.

81. This is so, keeping in mind the relation between JARPA II's stated objectives and the methods used to achieve these objectives: lethal methods, which JARPA II widely applies in its operations, are, in my view,

note que nombre d'Etats côtiers ont opté pour une utilisation non létale des cétacés dans les eaux relevant de leur juridiction, à la lumière des dispositions pertinentes de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 et de la déclaration de Rio sur l'environnement et le développement de 1992 (préambule, alinéa 2). Elle observe que les cétacés sont, «pour la plupart, de grands migrateurs» et relèvent de ce fait d'un «patrimoine de biodiversité partagé» (*ibid.*, alinéa 3). Appelant à une utilisation non létale des baleines, elle ajoute que «le moratoire sur la chasse commerciale, en vigueur depuis 1986, a contribué à la reconstitution de certains peuplements baleiniers, essentielle à la promotion des utilisations non létales dans de nombreux pays» (*ibid.*, alinéa 6).

79. Dans cette même résolution, la CBI se déclare préoccupée par le fait que les baleines doivent, au XXI[e] siècle, faire face «à des menaces dont la diversité n'avait nullement été envisagée lors de la conclusion de la convention de 1946» (*ibid.*, alinéa 7). Elle ajoute que, d'après la déclaration de Buenos Aires, «le tourisme de l'observation des baleines, lorsqu'il est bien géré et de grande qualité, favorise la croissance économique et le développement socioculturel des communautés locales, apportant un avantage éducatif et scientifique, tout en contribuant à la protection des populations baleinières» (*ibid.*, alinéa 8). Dans le dispositif de la résolution, la CBI reconnaît en conséquence, premièrement, les précieux avantages qu'il y a à tirer des «utilisations non létales des cétacés en tant que ressources, en matière tant de développement socio-économique que scientifique» et, deuxièmement, «la légitimité» de l'utilisation non létale en tant que «stratégie de gestion». Aussi encourage-t-elle les Etats membres à «œuvrer de manière constructive» en vue d'une «prise en compte» des besoins liés à une utilisation non létale des ressources baleinières dans «tout accord ou toute décision futures».

XI. Observations finales sur le programme JARPA II et les exigences de la convention de 1946 et du règlement qui lui est annexé

80. Pour en venir enfin à l'enjeu central de la présente espèce — celui du principal différend entre l'Australie et le Japon —, c'est-à-dire la question de savoir si JARPA II est conforme aux prescriptions de la convention de 1946 et du règlement qui lui est annexé, JARPA II ne remplit pas à mon sens les conditions voulues pour pouvoir être considéré comme étant mené «en vue de recherches scientifiques» et ne relève pas de l'exception prévue à l'article VIII de la convention. Au vu de certaines de ses caractéristiques, JARPA II ne peut bénéficier de l'exception prévue à l'article VIII, dont l'interprétation doit être restrictive; il semble en effet que ce programme ne soit pas réellement et *uniquement* motivé par la conduite de recherches scientifiques.

81. Telle est ma conclusion au vu des méthodes employées pour atteindre les objectifs fixés: les méthodes létales, qui sont largement utilisées dans le cadre de JARPA II, doivent être selon moi réservées aux seuls cas où, pre-

only to be used, first, where it is unavoidable to achieve a crucial objective of the scientific research; secondly, where no other methods would be available; and thirdly, where the number of whales killed corresponds to those necessary to conduct the research. In practice, the use of lethal methods by JARPA II in relation to what seems to be a large number of whales does not appear justifiable as "scientific research".

82. Furthermore, the fact that JARPA II runs for an indefinite duration also militates against its professed purpose of "scientific research". To my mind, a scientific programme, when being devised, should have objectives which go along a specific time frame for their achievement. To prolong the killing of whales indefinitely does not seem to be in line with scientific research, nor justifiable. In addition, there subsists the concern with the possible adverse effects of JARPA II on whale stocks. As just indicated, JARPA II utilizes lethal methods and runs for an indefinite time. It is not entirely convincing that, under these parameters, whale stocks subject to the programme will not be adversely affected. This is exacerbated in the hypothesis that other States parties to the ICRW decide to follow the same approach and methodology of Japan, and start likewise killing whales allegedly for similar purposes of "scientific research".

83. There could be an adverse impact on whale stocks if other States parties to the ICRW decided to kill as many whales as Japan, within an unlimited time frame, for purposes of "scientific research". JARPA II, in the manner it is being currently conducted, can have adverse effects on whale stocks. Even if there is a minor scientific purpose in the JARPA II programme, it is clearly not the main purpose of the programme. In my view, given the methodologies used (widely employing lethal methods — cf. *supra*), the structure of the programme and its duration, "scientific research" is not the sole purpose of the programme, nor the main one.

84. As to the question whether commercial aspects are permissible under Article VIII (2) of the Convention[58], the text of this provision seems clear: it does not seem expressly to allow for commercial aspects of a whaling programme under special permit. Article VIII (2) is aimed, in my perception, solely to avoid waste. The commercialization of whale meat does not seem to be in line with the purpose of granting special permits and should not be validated under this provision. Permitting commercial aspects of a special permit whaling programme under this provision would go against Article VIII as a whole, and the object and purpose of the ICRW (cf. *supra*). Commercial whaling, pure and simple, is not permissible under Article VIII (2).

[58] Which reads as follows: "Any whales taken under these special permits shall so far as practicable be processed and the proceeds shall be dealt with in accordance with directions issued by the Government by which the permit was granted."

mièrement, elles sont incontournables pour atteindre un objectif crucial de la recherche scientifique; deuxièmement, aucune autre méthode n'est disponible; et, troisièmement, le nombre de baleines tuées se limite au strict nécessaire aux fins de la recherche. Or, de fait, dans le cadre de JARPA II, le recours à des méthodes létales pour tuer un nombre *a priori* élevé de baleines ne me semble pas pouvoir se justifier au nom de la «recherche scientifique».

82. Un autre facteur qui contredit la prétendue vocation «scientifique» de JARPA II est sa durée indéterminée. A mon sens, la conception de tout programme scientifique suppose de définir des objectifs dont la réalisation obéit à un échéancier précis. La mise à mort continuelle de baleines ne s'inscrit pas dans la logique de la recherche scientifique, me semble-t-il, et ne se justifie pas. Reste en outre la question de l'effet négatif que JARPA II risque d'avoir sur les peuplements baleiniers. Comme indiqué à l'instant, ce programme associe méthodes létales et durée indéterminée. Je ne suis guère convaincu que, eu égard à ces paramètres, les peuplements baleiniers à l'étude n'en pâtiront pas, surtout si d'autres Etats parties à la convention décident d'emboîter le pas au Japon en utilisant les mêmes méthodes et se mettent à tuer des baleines en prétendant comme lui se livrer à des «recherches scientifiques».

83. Il pourrait être porté préjudice aux peuplements baleiniers si d'autres Etats parties à la convention décidaient de tuer autant de baleines que le Japon, pendant une durée indéterminée, en vue de «recherches scientifiques». Le programme JARPA II, tel qu'il est actuellement mis en œuvre, peut compromettre la reconstitution des stocks de baleines. Quand bien même l'objectif visé serait aussi scientifique, la recherche scientifique n'est clairement pas le principal objectif de ce programme. Si j'en juge par la méthodologie utilisée (qui fait une large place aux techniques létales — voir ci-dessus), par la structure du programme et par sa durée, les «recherches scientifiques» ne constituent pas le seul objectif de ce programme, ni même le principal.

84. S'agissant de la question de savoir si le paragraphe 2 de l'article VIII[58] autorise les aspects commerciaux, le texte de cette disposition paraît clair: il n'admet pas expressément, me semble-t-il, qu'un programme de chasse à la baleine mené au titre d'un permis spécial puisse revêtir une dimension commerciale, mais vise uniquement à éviter le gaspillage. La commercialisation de la viande de baleine ne me paraît pas s'inscrire dans la logique de l'objectif dans lequel les permis spéciaux sont accordés et elle ne doit pas être admise au titre de cette disposition. Approuver, sur la base de cette disposition, les aspects commerciaux d'un programme de chasse à la baleine mené au titre d'un permis spécial irait à l'encontre de l'article VIII dans son ensemble, ainsi que de l'objet et du but de la convention (voir ci-dessus). La chasse pratiquée purement et simplement à des fins commerciales n'est pas admissible, en vertu du paragraphe 2 de l'article VIII.

[58] Cette disposition se lit comme suit: «Dans toute la mesure du possible, les baleines capturées en vertu de ces permis spéciaux devront être traitées conformément aux directives formulées par le Gouvernement qui aura délivré le permis, lesquelles s'appliqueront également à l'utilisation des produits obtenus.»

85. As to the Schedule, paragraph 30 sets forth a *positive* procedural obligation of States parties to the ICRW, whereby Japan's co-operation with the IWC and the Scientific Committee is expected. The Court has found, in the present Judgment in the *Whaling in the Antarctic* case, that Japan has not acted in conformity with paragraph 10 *(d)* and *(e)* (whaling moratorium, and assessment of effects of whale catches on stocks), and paragraph 7 *(b)* (prohibition of commercial whaling in the Southern Ocean Sanctuary), of the Schedule (resolutory points 3-5). Japan does not appear to have fulfilled this obligation to take into account comments, resolutions and recommendations of the IWC and the Scientific Committee.

86. For example, I note that many resolutions[59] have been issued over the years concerning JARPA II and its use of lethal methods, which Japan does not seem to have fully taken into account, given its continued use of lethal methods. The Court itself has drawn attention, in the present Judgment (para. 144), to the paucity of analysis by Japan of the feasibility of non-lethal methods to achieve JARPA II objectives; and it has added that

> "Given the expanded use of lethal methods in JARPA II, as compared to JARPA, this is difficult to reconcile with Japan's duty to give due regard to IWC resolutions and Guidelines and its statement that JARPA II uses lethal methods only to the extent necessary to meet its scientific objectives." (Judgment, para. 144.)

[59] Cf., e.g., Resolution on Japanese Proposal for Special Permits, App. 4, Chairman's Report of the 39th Annual Meeting, *Report of the International Whaling Commission [Rep. Int. Whal. Commn]* 38, 1988, p. 29 (resolution 1987-4); Resolution on the Proposed Take by Japan of Whales in the Southern Hemisphere under Special Permit, App. 3, Chairman's Report of the 41st Annual Meeting, *Rep. Int. Whal. Commn* 40, 1990, p. 36 (resolution 1989-3); Resolution on Special Permit Catches by Japan in the Southern Hemisphere, App. 2, Chairman's Report of the 42nd Meeting, *Rep. Int. Whal. Commn* 41, 1991, pp. 47-48 (resolution 1990-2); Resolution on Special Permit Catches by Japan in the Southern Hemisphere, App. 2, Chairman's Report of the 43rd Meeting, *Rep. Int. Whal. Commn* 42, 1992, p. 46 (resolution 1991-2); Resolution on Special Permit Catches by Japan in the Southern Hemisphere, App. 5, Chairman's Report of the 44th Meeting, *Rep. Int. Whal. Commn* 43, 1993, 71 (resolution 1992-5); Resolution on Special Permit Catches by Japan in the Southern Hemisphere, App. 7, Chairman's Report of the 45th Annual Meeting, *Rep. Int. Whal. Commn* 44, 1994, p. 33 (resolution 1993-7); Resolution on Special Permit Catches by Japan in the North Pacific, Resolution 1994-9, App. 15, Chairman's Report of the 46th Annual Meeting, *Rep. Int. Whal. Commn* 45, 1995, p. 47 (resolution 1994-9); Resolution on Special Permit Catches by Japan in the Southern Hemisphere, resolution 1994-10, App. 15, Chairman's Report of the 46th Annual Meeting, *Rep. Int. Whal. Commn* 45, 1995, p. 47 (resolution 1994-10); Resolution on Special Permit Catches by Japan, resolution 1996-7, App. 7, Chairman's Report of the 48th Meeting, *Rep. Int. Whal. Commn* 47, 1997, pp. 51-52 (resolution 1996-7); cited in CR 2013/8, of 26 June 2013, pp. 34-35.

85. En ce qui concerne le règlement, le paragraphe 30 impose aux Etats parties à la convention une obligation procédurale *positive*, au regard de laquelle il est attendu que le Japon coopère avec la CBI et le comité scientifique. Dans le présent arrêt, la Cour a conclu que le Japon n'avait pas agi en conformité avec le règlement, et plus précisément avec les alinéas *d)* et *e)* de son paragraphe 10 (moratoire sur la chasse à la baleine et évaluation des effets des prises de baleines sur les stocks) et avec l'alinéa *b)* de son paragraphe 7 (interdiction de la chasse commerciale à la baleine dans le sanctuaire de l'océan Austral) (points 3 à 5 du dispositif). Le Japon ne semble pas s'être acquitté de son obligation de tenir compte des commentaires, résolutions et recommandations de la CBI et de son comité scientifique.

86. Je relèverai par exemple que de nombreuses résolutions[59] ont été adoptées au fil des ans au sujet de JARPA II et des méthodes létales auxquelles il fait appel, sans que le Japon semble en avoir pleinement tenu compte, puisqu'il continue d'avoir recours à ces mêmes méthodes. La Cour elle-même, dans le présent arrêt (par. 144), a appelé l'attention sur l'indigence de l'analyse, par le Japon, de la faisabilité des méthodes non létales pour atteindre les objectifs de JARPA II; elle a par ailleurs fait le commentaire suivant:

> «Au vu du recours accru aux méthodes létales par rapport à JARPA, ce constat cadre difficilement avec l'obligation incombant au Japon de prendre dûment en considération les résolutions et lignes directrices de la CBI et avec son affirmation selon laquelle [le Japon] n'aurait recours aux méthodes létales dans le cadre de JARPA II que dans la limite nécessaire à la réalisation des objectifs scientifiques du programme.» (Arrêt, par. 144.)

[59] Voir, par exemple: résolution sur la proposition de permis spéciaux du Japon, appendice 4, rapport du président sur les travaux de la 39e réunion annuelle de la CBI, *Report of the International Whaling Commission (Rep. IWC)*, 1988, vol. 38, p. 29 (résolution 1987-4); résolution sur la proposition du Japon de capturer des baleines dans l'hémisphère sud au titre d'un permis spécial, appendice 3, rapport du président sur les travaux de la 41e réunion annuelle de la CBI, *Rep. IWC*, 1990, vol. 40, p. 36 (résolution 1989-3); résolution sur les captures effectuées par le Japon dans l'hémisphère sud au titre d'un permis spécial, appendice 2, rapport du président sur les travaux de la 42e réunion annuelle de la CBI, *Rep. IWC*, 1991, vol. 41, p. 47-48 (résolution 1990-2); résolution sur les captures effectuées par le Japon dans l'hémisphère sud au titre d'un permis spécial, appendice 2, rapport du président sur les travaux de la 43e réunion annuelle de la CBI, *Rep. IWC*, 1992, vol. 42, p. 46 (résolution 1991-2); résolution sur les captures effectuées par le Japon dans l'hémisphère sud au titre d'un permis spécial, appendice 5, rapport du président sur les travaux de la 44e réunion annuelle de la CBI, *Rep. IWC*, 1993, vol. 43, p. 71 (résolution 1992-5); résolution sur les captures effectuées par le Japon dans l'hémisphère sud au titre d'un permis spécial, appendice 7, rapport du président sur les travaux de la 45e réunion annuelle de la CBI, *Rep. IWC*, 1994, vol. 44, p. 33 (résolution 1993-7); résolution sur les captures effectuées par le Japon dans le Pacifique nord au titre d'un permis spécial, appendice 15, rapport du président sur les travaux de la 46e réunion annuelle de la CBI, *Rep. IWC*, 1995, vol. 45, p. 47 (résolution 1994-9); résolution sur les captures effectuées par le Japon dans l'hémisphère sud au titre d'un permis spécial, appendice 15, rapport du président sur les travaux de la 46e réunion annuelle de la CBI, *Rep. IWC*, 1995, vol. 45, p. 47 (résolution 1994-10); résolution sur les captures effectuées par le Japon au titre d'un permis spécial, appendice 7, rapport du président sur les travaux de la 48e réunion annuelle de la CBI, *Rep. IWC*, 1997, vol. 47, p. 51-52 (résolution 1996-7) (CR 2013/8, 26 juin 2013, p. 34-35).

87. Moreover, it could hardly be claimed that the sole purpose of the JARPA II programme is "scientific research", as it appears that some commercial aspects permeate the programme. The JARPA II programme does not seem to fall under the exception of Article VIII of the ICRW. In the present Judgment, the Court has found that the special permits granted by Japan in connection with JARPA II do not fall under Article VIII (1) of the ICRW (resolutory point 2). The present case has provided a unique occasion for the Court to pronounce upon a system of collective regulation of the environment for the benefit of future generations. The notion of *collective guarantee* has been developed, and put in practice, to date in distinct domains of contemporary international law. The Court's present Judgment in the *Whaling in the Antarctic* case may have wider implications than solely the peaceful settlement of the present dispute between the contending Parties, to the benefit of all.

88. Last but not least, may I observe that international treaties and conventions are a product of their time; yet, they have an aptitude to face changing conditions, and their interpretation and application in time bears witness that they are *living* instruments. They evolve with time, otherwise they would fall into *desuetude*. The 1946 ICRW is no exception to that, and, endowed with a mechanism of supervision of its own, it has proven to be a *living* instrument. Moreover, in distinct domains of international law, treaties and conventions — especially those setting forth a mechanism of protection — have required the pursuance of a hermeneutics of their own, as *living* instruments. This happens not only in the present domain of conservation and sustainable use of living marine resources, but likewise in other areas of international law.

89. The present case on *Whaling in the Antarctic* has brought to the fore the evolving law on the conservation and sustainable use of living marine resources, which, in turn, has disclosed what I perceive as its contribution to the gradual formation of an *opinio juris communis* in the present domain of contemporary international law. *Opinio juris*, in my conception, becomes a key factor in the formation itself of international law (here, conservation and sustainable use of living marine resources); its incidence is no longer that of only one of the constitutive elements of one of its "formal" sources[60]. The formation of international law in domains of public or common interest, such as that of conservation and sustainable use of living marine resources, is a much wider process than the formulation of its "formal sources", above all in seeking the legitimacy of norms to govern international life[61].

[60] These latter being only means or vehicles for the formation of international legal norms.

[61] For the conceptualization of this outlook, cf. A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind . . ., op. cit. supra* note 15, pp. 134-138, esp. p. 137.

87. En outre, l'on serait bien en peine de défendre l'idée que les «recherches scientifiques» constituent le seul objectif de JARPA II, qui semble à bien des égards avoir une vocation commerciale. JARPA II ne relève pas, me semble-t-il, de l'exception prévue à l'article VIII de la convention. Dans son arrêt, la Cour a jugé que les permis spéciaux délivrés par le Japon dans le cadre de ce programme n'entraient pas dans les prévisions du paragraphe 1 de l'article VIII de la convention (point 2 du dispositif). La présente affaire a donné à la Cour une occasion unique de se prononcer sur un système de réglementation collective de l'environnement dans l'intérêt des générations à venir. La notion de *garanties collectives* est désormais inscrite dans différents domaines du droit international contemporain. Au-delà du seul règlement pacifique du différend qui oppose actuellement les Parties, l'arrêt de la Cour en l'affaire pourrait revêtir une portée plus large au profit de tous.

88. Enfin, je me permettrai de relever que, bien que les conventions et les traités internationaux soient le produit de leur époque, ils peuvent s'adapter à des conditions qui évoluent, et leur interprétation et leur application dans le temps attestent qu'il s'agit d'instruments *vivants*. Ils évoluent au fil des ans; sans cela, ils tomberaient en *désuétude*. La convention de 1946 ne fait pas exception et, dotée de son propre mécanisme de contrôle, elle s'est révélée être un instrument *vivant*. En outre, dans des domaines différents du droit international, les traités et les conventions — en particulier ceux qui mettent en place un mécanisme de protection — ont amené à définir une herméneutique qui leur est propre en tant qu'instruments *vivants*. C'est ce qui se passe non seulement dans le domaine de la conservation et de l'utilisation durable des ressources marines vivantes qui nous occupe ici, mais aussi dans d'autres sphères du droit international.

89. La présente affaire relative à la *Chasse à la baleine dans l'Antarctique* a mis en lumière l'évolution du droit relatif à la conservation et à l'utilisation durable des ressources marines vivantes qui, à son tour, a fait apparaître ce qui me semble être sa contribution à la formation progressive d'une *opinio juris communis* dans ce domaine du droit international contemporain. L'*opinio juris*, à mon sens, devient un facteur clé dans le développement même du droit international (dans le cas présent, conservation et utilisation durable des ressources marines vivantes); son incidence n'est plus celle d'un seul des éléments constitutifs de l'une de ses sources «formelles»[60]. Le développement du droit international dans des domaines d'intérêt public ou commun, tels que celui de la conservation et de l'utilisation durable des ressources marines vivantes, est un processus qui, essentiellement par une tentative de légitimer les normes destinées à régir la vie internationale, va au-delà de l'énoncé de ses sources formelles[61].

[60] Ces dernières n'étant que des moyens ou instruments de formation de normes juridiques internationales.

[61] Pour une conceptualisation de cette perspective, voir A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind...*, *op. cit. supra* note 15, p. 134-138, et en particulier p. 137.

90. *Opinio juris communis*, in this way, comes to assume a considerably broader dimension than that of the subjective element constitutive of custom, and to exert a key role in the emergence and gradual evolution of international legal norms. After all, juridical conscience of what is necessary *(jus necessarium)* stands above the "free will" of individual States *(jus voluntarium)*, rendering possible the evolution of international law governing conservation and sustainable use of living marine resources. In this domain, State voluntarism yields to the *jus necessarium*, and notably so in the present era of international tribunals, amidst increasing endeavours to secure the long-awaited primacy of the *jus necessarium* over the *jus voluntarium*. Ultimately, this becomes of key importance to the realization of the pursued common good.

(Signed) Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE.

90. De cette manière, l'*opinio juris communis* en vient à prendre une dimension bien plus large que celle d'un élément subjectif constitutif de la coutume, et à exercer un rôle clé dans l'émergence et l'évolution progressive des normes juridiques internationales. Après tout, la conscience juridique de ce qui est nécessaire *(jus necessarium)* l'emporte sur la volonté des Etats individuels *(jus voluntarium)*, rendant possible l'évolution du droit international qui régit la conservation et l'utilisation durable des ressources marines vivantes. Dans ce domaine, le volontarisme de l'Etat le cède au *jus necessarium*, et ce particulièrement en cette époque qui a vu se créer nombre de juridictions internationales et se multiplier les efforts visant à parvenir à la primauté tant attendue du *jus necessarium* sur le *jus voluntarium*, une primauté qui se révèle en définitive cruciale pour la réalisation du bien commun.

(Signé) Antônio Augustus CANÇADO TRINDADE.

DISSENTING OPINION OF JUDGE YUSUF

The Court misconstrued the applicable law — The parameters of review of Japan's conduct are Article VIII of the ICRW, paragraph 30 of the Schedule, and the Guidelines adopted, not extraneous standards such as "reasonableness" — The question before the Court is treaty interpretation — It is whether Japan's decision to authorize JARPA II was consistent with the applicable law — The Court should have assessed the effect of recent amendments on the object and purpose of the Convention — Article VIII should have been interpreted in light of that evolution — The Court's function is not to conduct a scientific review of the design and implementation of JARPA II — Whether or not a programme is for purposes of scientific research cannot be determined on the basis of the reasonableness of the scale of the use of lethal sampling — The distinction between "scientific research" and "for purposes of scientific research" adopted by the Judgment is unpersuasive — It is paradoxical to conclude that something constitutes scientific research but is not for purposes thereof — Paragraph 10 (e), *paragraph 10* (d), *and paragraph 7* (b) *of the Schedule only apply to commercial whaling — The Court has not established that JARPA II was commercial whaling — The finding that Japan has breached the moratorium, the Southern Ocean Sanctuary and the ban on factory ships is thus unwarranted.*

I. Introduction

1. I regret not to be able to join the majority that has voted in favour of most of the operative paragraphs of this Judgment. I regret it all the more since I am certainly no less sensitive than my colleagues to the taking and killing of the whales.

2. Many of us are disturbed by the killing of these iconic and intelligent animals and by the manner in which they are killed. However, these perfectly justified emotional reactions should not make us overlook that it is only by reference to the law that the issues before this Court can be resolved. The judicial settlement of disputes between States cannot be made on emotional or purely ethical grounds.

3. I have decided to dissent because I have serious doubts about the legal correctness of the Court's reasoning and its conclusions. First, the question before the Court is one of treaty interpretation and it is whether or not Japan's decisions are consistent with the relevant provisions of the ICRW. The parameters to determine the legality of Japan's special per-

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE YUSUF

[Traduction]

La Cour a mal interprété le droit applicable — Le comportement du Japon aurait dû être apprécié non pas à l'aune de critères étrangers à la convention tels que le « caractère raisonnable », mais à la lumière de l'article VIII de la convention, du paragraphe 30 du règlement et des lignes directrices adoptées par la CBI — La question posée à la Cour portait sur l'interprétation d'un traité — Il s'agissait de déterminer si la décision du Japon d'autoriser JARPA II était conforme au droit applicable — La Cour aurait dû rechercher si les modifications récentes de la convention avaient eu une incidence sur l'objet et le but de celle-ci — L'article VIII aurait dû être interprété au regard de cette évolution — Il n'entrait pas dans les attributions de la Cour de procéder à un examen scientifique de la conception et de la mise en œuvre de JARPA II — La question de savoir si un programme est mené à des fins de recherche scientifique ne peut être tranchée en se fondant sur le caractère raisonnable de l'ampleur du recours aux prélèvements létaux — La distinction faite entre « recherches scientifiques » et « en vue de recherches scientifiques » n'est guère convaincante — Il est pour le moins paradoxal de conclure qu'une activité relève de la recherche scientifique tout en étant dépourvue de finalité scientifique — Les paragraphes 10 e), 10 d) et 7 b) du règlement s'appliquent uniquement à la chasse commerciale — La Cour n'a pas établi que JARPA II était un programme de chasse commerciale — La conclusion selon laquelle le Japon a violé le moratoire sur la chasse commerciale, le sanctuaire de l'océan Austral et l'interdiction relative aux usines flottantes est dès lors sans fondement.

I. Introduction

1. Je regrette de ne pouvoir me rallier à la majorité qui a voté en faveur de la plupart des points du dispositif. Je le regrette d'autant plus que je ne suis certainement pas moins sensible que mes confrères à la capture et à la mise à mort des baleines.

2. Nous sommes nombreux à déplorer le sort réservé à ces animaux intelligents, qui revêtent une forte charge symbolique, et la manière dont ils sont mis à mort. Ces réactions émotionnelles, parfaitement légitimes, ne doivent toutefois pas nous faire oublier que les questions portées devant la Cour doivent être tranchées au regard du droit, et du droit uniquement. Le règlement judiciaire des différends entre Etats ne saurait être dicté par des motifs d'ordre émotionnel ou purement éthique.

3. J'ai choisi de me dissocier de la majorité car j'ai de sérieux doutes quant à la rigueur juridique du raisonnement suivi par la Cour et des conclusions auxquelles elle est parvenue. Premièrement, la question portée devant la Cour concernait l'interprétation d'un traité; il s'agissait de déterminer si les décisions du Japon étaient conformes aux dispositions

mits for JARPA II, are to be found in the treaty itself, particularly Article VIII, paragraph 30, of the Schedule and the Guidelines adopted for the application of Article VIII (such as Annex P); and not in some extraneous and undefined standard of review. Resort to such a standard negates the relevance of the specific provisions of the treaty which constitute the law applicable to this dispute.

4. The dispute before the Court in the instant case is not about the fit between the aims of JARPA II and its design and implementation as a scientific research programme; nor is it the task of the ICJ to review and evaluate the design and implementation of a research plan for scientific whaling (para. 67). That is the function of the Scientific Committee of the International Whaling Commission (IWC).

5. Secondly, I think that the reasoning of the majority is seriously flawed in characterizing, on the one hand, JARPA II activities as "scientific research", while concluding, on the other, that the special permits granted by Japan for JARPA II are not "for purposes of scientific research". JARPA II is not implemented for commercial purposes and the Judgment recognizes as much. If it was not designed for purposes of scientific research, it could not have simply stumbled into scientific research activities, unless it is accepted that serendipity was at work here. In any case, it appears to me paradoxical that a programme that is broadly characterized as scientific research is considered by the majority not to be "for purposes of scientific research", particularly without its qualification as commercial whaling under Article VIII, paragraph 4, of the ICRW and without a definition of the words "scientific research".

6. Thirdly, both the obligation to respect zero catch limits of whales from all stocks (generally known as the moratorium) established in paragraph 10 *(e)* of the Schedule and the prohibition on whaling in the Southern Ocean Sanctuary (para. 10 *(d)* of the Schedule) apply only to commercial whaling, not to research whaling. Thus, there is, in my view, no legal basis to the conclusion that JARPA II is in breach of those provisions, or of the factory ship moratorium (para. 7 *(b)*), particularly in the absence of clear evidence which establishes that JARPA II is commercial whaling in disguise.

7. Finally, the Court should have assessed whether the evolving regulatory framework of the Convention — particularly the recent amendments to the Schedule setting zero catch limits and establishing whale sanctuar-

pertinentes de la convention. Les éléments permettant d'établir la licéité des permis spéciaux délivrés par le Japon dans le cadre de JARPA II étaient à rechercher dans le traité lui-même, plus particulièrement dans l'article VIII de la convention et le paragraphe 30 du règlement, ainsi que dans les lignes directrices adoptées aux fins de l'application dudit article VIII (comme l'annexe P), et non dans un critère d'examen mal défini et étranger à la convention. Le recours à un tel critère revient à nier la pertinence des dispositions particulières du traité qui constituent le droit applicable en l'espèce.

4. Le différend opposant l'Australie au Japon ne portait pas sur la question de savoir si la conception et la mise en œuvre de JARPA II étaient compatibles avec ses objectifs en tant que programme de recherche scientifique. Il n'appartenait pas à la Cour d'examiner et d'évaluer la conception et la mise en œuvre d'un plan de recherche dans le cadre d'un programme de chasse à la baleine à des fins scientifiques (par. 67). Cette fonction est celle du comité scientifique de la commission baleinière internationale (CBI).

5. Deuxièmement, le raisonnement de la majorité est, à mon sens, gravement vicié en ce que la Cour, d'un côté, qualifie les activités de JARPA II de «recherches scientifiques» et, de l'autre, conclut que les permis spéciaux délivrés par le Japon dans le cadre de ce programme ne l'ont pas été «en vue de recherches scientifiques». La Cour veut bien reconnaître que JARPA II n'est pas un programme mis en œuvre à des fins commerciales. Si JARPA II n'a pas été conçu aux fins de la recherche scientifique, les activités de recherche scientifique menées dans le cadre de ce programme ne sauraient être purement fortuites, sauf à penser que le hasard fait bien les choses. En tout état de cause, il me semble pour le moins paradoxal de conclure que les activités de JARPA II peuvent être globalement qualifiées de recherches scientifiques sans néanmoins être menées «en vue de recherches scientifiques», et ce, d'autant plus que la Cour ne qualifie pas JARPA II de programme de chasse commerciale au sens de l'article VIII de la convention et ne donne pas de définition de la notion de «recherche scientifique».

6. Troisièmement, l'obligation de respecter la limite de capture fixée à zéro, toutes espèces confondues, énoncée au paragraphe 10 *e)* du règlement (communément appelée le moratoire) aussi bien que l'interdiction de chasser la baleine dans le sanctuaire de l'océan Austral (paragraphe 10 *d)* du règlement) s'appliquent uniquement à la chasse commerciale, et non à la chasse scientifique. Par conséquent, la conclusion selon laquelle JARPA II viole ces dispositions, ou le moratoire sur les usines flottantes (par. 7 *b)*), est selon moi complètement dénuée de fondement juridique, tout particulièrement en l'absence d'éléments prouvant sans ambiguïté que JARPA II est un programme de chasse commerciale déguisé.

7. Enfin, la Cour aurait dû se demander si l'évolution du cadre réglementaire institué par la convention — en particulier les modifications apportées récemment au règlement, fixant à zéro les limites de capture et

ies — should be taken into account in the interpretation of Article VIII and the discretionary power it grants to States parties for purposes of scientific research to shed light on the extent to which the conservationist approach now adopted in the Convention restricts the right to issue special permits.

8. I will further elaborate on these matters below.

II. The Dispute between the Parties and the Applicable Law

A. The Dispute between the Parties

9. The dispute between the Parties concerns the interpretation and application of Article VIII of the ICRW and the discretionary power it grants any Contracting Government to issue special permits to its nationals "to kill, take and treat whales for purposes of scientific research". This discretionary power is subject to "such restrictions as to number and . . . to such other conditions as the Contracting Government thinks fit" and to the other requirements and obligations arising from Article VIII itself and from other related provisions. More specifically, what is in issue is whether Japan has used that discretionary power for purposes other than scientific research in connection with the authorization granted to JARPA II.

10. According to Australia, Japan is not conducting whaling under the JARPA II programme for purposes of scientific research, but for commercial purposes, and is therefore in breach of its international obligations under the ICRW, and particularly those relating to commercial whaling included in the Schedule, which is an integral part of the Convention. Japan asserts the contrary and insists on its right to issue special permits under Article VIII, paragraph 1, of the Convention. At the heart of the dispute between the Parties is the lawful exercise of that right by Japan in issuing special permits for JARPA II and its compliance with the corresponding requirements under Article VIII and related instruments adopted by the IWC or by the Scientific Committee.

11. In determining whether a given programme is "for purposes of scientific research" under the ICRW, and may therefore be granted a special permit by a State party, the relevant legal criteria to be considered are those contained in Article VIII of the Convention, together with paragraph 30 of the Schedule and Annex P[1], the latter being the latest relevant

[1] The 2009 version of "Annex P" is Annex 116 to the Counter-Memorial of Japan. The 2012 revised version is available on the IWC website at : http://iwc.int/index.php?cID=3100&cType=document&download=1.

créant des sanctuaires baleiniers — ne devait pas être prise en compte dans le cadre de l'interprétation de l'article VIII et du pouvoir discrétionnaire accordé aux Etats parties aux fins de la recherche scientifique, afin de clarifier la question de savoir si l'approche favorable à la conservation désormais attachée à la convention restreignait le droit de délivrer des permis spéciaux.

8. Je traiterai ces questions en détail dans les paragraphes qui suivent.

II. Le différend opposant les Parties et le droit applicable

A. Le différend opposant les Parties

9. Le différend entre les Parties concerne l'interprétation et l'application de l'article VIII de la convention et le pouvoir discrétionnaire conféré aux Etats contractants de délivrer des permis spéciaux à leurs ressortissants pour «tuer, capturer et traiter des baleines en vue de recherches scientifiques». Ce pouvoir discrétionnaire est subordonné aux «restrictions en ce qui concerne le nombre et à telles autres conditions que le gouvernement contractant jugera opportunes», ainsi qu'à d'autres conditions et obligations découlant de l'article VIII lui-même et d'autres dispositions connexes. Plus particulièrement, la question est de savoir si le Japon a usé de ce pouvoir discrétionnaire à des fins autres que la recherche scientifique lorsqu'il a autorisé JARPA II.

10. Selon l'Australie, les activités de chasse à la baleine dans le cadre de JARPA II sont menées par le Japon non pas à des fins scientifiques mais à des fins commerciales. Le Japon ne respecterait donc pas les obligations internationales que lui impose la convention, et violerait en particulier l'interdiction de la chasse commerciale énoncée dans le règlement, lequel fait partie intégrante de la convention. Le Japon argue du contraire et insiste sur le droit que lui reconnaît le paragraphe 1 de l'article VIII de la convention de délivrer des permis spéciaux. La question qui se trouve au cœur du litige entre les Parties est celle de savoir si le Japon exerce ce droit en toute légitimité lorsqu'il délivre des permis spéciaux dans le cadre de JARPA II et s'il respecte les conditions prévues en la matière par l'article VIII et les instruments connexes adoptés par la CBI ou son comité scientifique.

11. Les critères juridiques qu'il convient de prendre en compte pour déterminer si un programme est mené «en vue de recherches scientifiques» au sens de la convention, et peut donc bénéficier d'un permis spécial de la part d'un Etat partie, sont ceux énoncés à l'article VIII de la convention ainsi qu'au paragraphe 30 du règlement et à l'annexe P[1], annexe dans

[1] La version de 2009 de l'annexe P figure à l'annexe 116 du contre-mémoire du Japon. La version revisée de 2012 est disponible sur le site de la CBI, en anglais, à l'adresse suivante: http://iwc.int/index.php?cID=3100&cType=document&download=1.

set of Guidelines for the application of Article VIII adopted by consensus at the IWC. It is on the basis of the interpretation and application of these provisions, which constitute the law applicable to the circumstances of the present dispute, together with the assessment of whether Japan has breached any other treaty obligations, that the Court should have tried to resolve the dispute before it, and not on the basis of an analysis of the fit between the design and implementation of a research programme and its stated objectives.

B. The Standard of Review Applied by the Court

12. The Court does not, however, use that applicable law to evaluate whether the special permits issued by Japan for JARPA II are for purposes of scientific research. Instead of using those parameters, the Court comes up with a standard of review that is extraneous to the Convention. The need to resort to such a standard is not explained, nor is it indicated that the applicable provisions of the Convention are somehow inadequate to the task. Moreover, the Court does not apply the standard it sets forth to the subject of the dispute between the Parties, namely the legality of Japan's conduct in issuing special permits to JARPA II, but rather to a review of the design and implementation of JARPA II. Thus, it is stated in the Judgment that:

> "the Court will consider if the killing, taking and treating of whales is 'for purposes of' scientific research by examining whether, in the use of lethal methods, the programme's design and implementation are reasonable in relation to achieving its stated objectives. This standard of review is an objective one." (Para. 67.)

13. Consequently, for the Court the object of the review is "the design and implementation of JARPA II" rather than the legality of the conduct of Japan and whether or not Japan, by issuing special permits for JARPA II, has violated or is violating its obligations under the Convention.

14. It is true that Australia, in its oral pleadings, suggested that

> "[I]n assessing the actual purpose of a Contracting Government in issuing a special permit it is instructive to have regard to the design and implementation of the whaling programme, as well as any results obtained."[2]

However, it is one thing to use design and implementation as an "instructive" factor and another to treat it as the sole object of review to which regard should be had by the Court. Similarly, the suggestion by Japan to use the standard of "objective reasonableness"[3] concerned the review of "a State's decision" to issue special permits and not the "design and implementation" of JARPA II. Japan's suggestion was also accompanied

[2] CR 2013/8, p. 53, para. 92 (Crawford).
[3] CR 2013/22, p. 60 (Lowe).

laquelle sont consignées les dernières lignes directrices pertinentes aux fins de l'application de l'article VIII adoptées par consensus par la CBI. C'est en recourant à l'interprétation et à l'application de ces dispositions, qui constituent le droit applicable aux circonstances de l'espèce, que la Cour aurait dû tenter de résoudre le différend entre les Parties, en recherchant également si le Japon avait violé une quelconque autre obligation conventionnelle, et non pas en tentant de déterminer si la conception et la mise en œuvre d'un programme de recherche étaient compatibles avec ses objectifs déclarés.

B. Le critère d'examen appliqué par la Cour

12. Or, pour apprécier si les permis spéciaux étaient délivrés en vue de mener des recherches scientifiques dans le cadre de JARPA II, la Cour s'est fondée non pas sur ce droit applicable, mais sur un critère d'examen sans rapport avec la convention. La Cour n'explique pas les raisons pour lesquelles il était nécessaire de recourir à un tel critère ou inopportun d'invoquer les dispositions pertinentes de la convention. Qui plus est, elle applique ce critère non pas à l'objet du différend entre les Parties, à savoir le caractère licite ou illicite du comportement du Japon dans le cadre de la délivrance des permis spéciaux, mais à la conception et à la mise en œuvre du programme. Il est ainsi dit dans l'arrêt :

> «[La Cour] établira ... si les baleines mises à mort, capturées et traitées le sont «en vue de» recherches scientifiques, en examinant si, en ce qui concerne le recours à des méthodes létales, la conception et la mise en œuvre du programme sont raisonnables au regard de ses objectifs déclarés. Ce critère d'examen revêt un caractere objectif.» (Par. 67.)

13. Par conséquent, la Cour définit l'objet de son examen comme étant «la conception et la mise en œuvre de JARPA II», et non pas la licéité du comportement du Japon et la question de savoir si, en délivrant des permis spéciaux dans le cadre de JARPA II, le Japon a violé ou viole ses obligations découlant de la convention.

14. Il est vrai que, dans ses plaidoiries, l'Australie a déclaré :

> «Pour apprécier le but réellement poursuivi par un Etat contractant lorsqu'il délivre un permis spécial, il est fort utile d'examiner la conception du programme de chasse [à la baleine] et les modalités de son exécution, ainsi que les résultats éventuellement obtenus.»[2]

Que la Cour examine, afin d'éclairer la question, la manière dont un programme est conçu et mis en œuvre est une chose; qu'elle considère cet aspect du programme comme le seul à mériter un tel examen en est une autre. De même, lorsque le Japon a suggéré d'évaluer le caractère «objectivement raisonnable»[3], il entendait appliquer ce critère à l'examen de la «décision prise par un Etat» de délivrer des permis spéciaux et non pas «à

[2] CR 2013/8, p. 53, par. 92 (Crawford).
[3] CR 2013/22, p. 60 (Lowe).

by certain criteria for determining what the appropriate standard of review would consist of[4]. Even if the Court wanted to use the standard suggested by Japan, it should have defined the criteria underlying its application by the Court, or otherwise tried to define it.

15. In any case, I am not persuaded that the standard of "reasonableness of the design and implementation of JARPA II in relation to the stated objectives of the programme", applied by the Court, is grounded in law or in the practice of this Court. The Court used the test of "objective and reasonable" grounds for a decision it was reviewing only once before, in the 2012 Advisory Opinion on the IFAD, where the standard was adopted concerning what was essentially an administrative matter[5]. There are of course some cases where the Court employed the more general concept of "reasonableness", but rarely as a standard of review of discretionary acts. For example, in the *Barcelona Traction* case, the Court held that "in the field of diplomatic protection as in all other fields of international law, it is necessary that the law be applied reasonably"[6]. But this, as other cases, concerned methods of interpretation[7].

16. The only case where a standard of review of reasonableness was referred to is the *Elettronica Sicula* case, concerning "unreasonable requisitions" of foreign property. Here the Court had to determine whether under the treaty which the Court was interpreting the requisition of certain property by Italian authorities was "arbitrary". On cue from United States counsel, the test of "reasonableness" was used by the Court as one which constituted the opposite of "arbitrariness"[8]. But this test arose from the terms of the treaty, and was not adopted by the Court on its own.

---

[4] "Japan agrees with Australia and New Zealand in regarding the test as being whether a State's decision is objectively reasonable, or supported by coherent reasoning and respectable scientific evidence and . . . in this sense, objectively justifiable." (CR 2013/22, p. 60 (Lowe).)

[5] *Judgment No. 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon a Complaint Filed against the International Fund for Agricultural Development, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2012 (1)*, pp. 27 and 29.

[6] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium* v. *Spain), Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, p. 48.

[7] See, e.g., *Temple of Preah Vihear (Cambodia* v. *Thailand), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1961*, pp. 32-33:

> "Moreover, the Court has held in the *Anglo-Iranian Oil Co.* case (*I.C.J. Reports 1952*, p. 104) that the principle of the ordinary meaning does not entail that words and phrases are always to be interpreted in a purely literal way; and the Permanent Court, in the case of the *Polish Postal Service in Danzig* (*P.C.I.J., Series B, No. 11*, p. 39), held that this principle did not apply where it would lead to 'something unreasonable or absurd'. The case of a contradiction would clearly come under that head."

[8] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America* v. *Italy), Judgment, I.C.J. Reports 1989*, pp. 76-77.

la conception et à la mise en œuvre» de JARPA II. Il a en outre précisé certains des paramètres qui devaient entrer dans le choix du critère d'examen qu'il convenait d'appliquer[4]. Même si la Cour avait voulu utiliser le critère proposé par le Japon, elle aurait dû définir les paramètres à prendre en compte ou tenter d'une quelconque manière de définir ce critère.

15. En tout état de cause, je ne suis pas persuadé que le critère appliqué par la Cour, à savoir le «caractère raisonnable de la conception et de la mise en œuvre de JARPA II au regard des objectifs déclarés du programme», soit fondé en droit ou conforme à la pratique de la Cour. Il n'est arrivé qu'une seule fois — dans l'avis consultatif qu'elle a rendu en 2012 concernant le FIDA — que la Cour utilise le critère des motifs «objectifs et raisonnables» pour examiner une décision, laquelle était essentiellement d'ordre administratif[5]. Il est arrivé, bien entendu, qu'elle utilise le concept plus général de «caractère raisonnable», mais rarement en tant que critère d'examen d'actes discrétionnaires. C'est ainsi que, dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, elle a estimé que, «dans le domaine de la protection diplomatique comme dans tous les autres domaines, le droit international exige une application raisonnable»[6]. Mais, de même que pour d'autres affaires, cette conclusion concernait les méthodes d'interprétation[7].

16. La seule affaire dans laquelle la Cour a fait référence au caractère raisonnable en tant que critère d'examen est celle de l'*Elettronica Sicula*, au sujet des «réquisitions déraisonnables» de biens étrangers. En l'espèce, la Cour devait se prononcer sur la question de savoir si, en vertu du traité qu'elle devait interpréter, la réquisition de certains biens par les autorités italiennes était «arbitraire». Face à l'argumentation développée par le conseil des Etats-Unis, la Cour a employé le critère du «caractère raisonnable» en tant que critère opposé au «caractère arbitraire»[8]. Or ce critère découlait des termes du traité et n'a pas été adopté par la Cour de sa propre initiative.

---

[4] «Le Japon est d'accord avec l'Australie et la Nouvelle-Zélande pour estimer que la question à se poser est celle de savoir si la décision prise par un Etat est objectivement raisonnable ou étayée par un raisonnement cohérent et des preuves scientifiques dignes de foi et est, en ce sens, objectivement justifiable.» (CR 2013/22, p. 60 (Lowe).)

[5] *Jugement n° 2867 du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail sur requête contre le Fonds international de développement agricole, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2012 (I)*, p. 27 et 29.

[6] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne), deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970*, p. 48.

[7] Voir, par exemple, *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1961*, p. 32-33:

> «D'autre part, la Cour a décidé dans l'affaire de *l'Anglo-Iranian Oil Co.* (*C.I.J. Recueil 1952*, p. 104) que le principe de l'interprétation suivant le sens ordinaire n'impose pas toujours l'interprétation purement littérale des mots et des phrases; dans l'affaire du *Service postal polonais à Dantzig* (*C.P.J.I. Série B n° 11*, p. 39), la Cour permanente a dit que ce principe ne s'appliquait pas lorsque l'interprétation ainsi donnée conduisait «à des résultats déraisonnables ou absurdes». Le cas d'une contradiction entrerait clairement dans cette catégorie.»

[8] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Etats-Unis d'Amérique c. Italie), arrêt, C.I.J. Recueil 1989*, p. 76-77.

17. In the present case, the Court should have focused its analysis on the lawful use by Japan of its discretionary power under Article VIII, in light of the object and purpose of the Convention, in issuing a special permit for JARPA II and whether or not Japan has violated or is violating its obligations under the ICRW in authorizing and implementing JARPA II, instead of reviewing the design and implementation of a scientific research programme, which is the task of the Scientific Committee of the IWC. The reasonableness of the design and implementation of JARPA II in relation to achieving its stated objectives is a debatable matter the assessment of which may give rise to genuine differences of opinion among scientists who have to deal with the design and implementation of research plans. This is confirmed by the work of the Scientific Committee of the IWC, where the divergences of opinion on JARPA and JARPA II are often reflected in its reports. It is also confirmed by the views expressed by the experts presented by the Parties during the oral proceedings.

C. The Applicable Law

18. Article VIII of the ICRW, which is at the core of the dispute between the Parties, reads as follows:

> "1. Notwithstanding anything contained in this Convention any Contracting Government may grant to any of its nationals a special permit authorizing that national to kill, take and treat whales for purposes of scientific research subject to such restrictions as to number and subject to such other conditions as the Contracting Government thinks fit, and the killing, taking, and treating of whales in accordance with the provisions of this Article shall be exempt from the operation of this Convention. Each Contracting Government shall report at once to the Commission all such authorizations which it has granted. Each Contracting Government may at any time revoke any such special permit which it has granted.
>
> 2. Any whales taken under these special permits shall so far as practicable be processed and the proceeds shall be dealt with in accordance with directions issued by the Government by which the permit was granted.
>
> 3. Each Contracting Government shall transmit to such body as may be designated by the Commission, in so far as practicable, and at intervals of not more than one year, scientific information available to that Government with respect to whales and whaling, including the results of research conducted pursuant to paragraph 1 of this Article and to Article IV.
>
> 4. Recognizing that continuous collection and analysis of biological data in connection with the operations of factory ships and land stations are indispensable to sound and constructive management of

17. En la présente instance, au lieu d'examiner la conception et la mise en œuvre d'un programme de recherche scientifique, tâche qui relève du comité scientifique de la CBI, la Cour aurait dû concentrer son analyse, d'une part, sur la question de savoir si, à la lumière de l'objet et du but de la convention, le Japon avait usé de manière licite du pouvoir discrétionnaire qu'il tenait de l'article VIII en délivrant des permis spéciaux dans le cadre de JARPA II et, d'autre part, sur celle de savoir si le Japon avait violé ou violait les obligations lui incombant aux termes de la convention en autorisant et en exécutant JARPA II. Le caractère raisonnable de la conception et de la mise en œuvre de JARPA II au regard de ses objectifs déclarés est une question qui prête à controverse et peut être source de polémiques entre les scientifiques chargés d'évaluer la conception et la mise en œuvre des plans de recherche. Les travaux du comité scientifique de la CBI, dont les rapports reflètent souvent des divergences d'opinion à propos de JARPA et de JARPA II, ainsi que les avis exprimés par les experts cités par les Parties au cours de la procédure orale, en sont l'illustration.

C. Le droit applicable

18. L'article VIII de la convention, qui est au cœur du différend opposant les Parties, est ainsi libellé :

> « 1. Nonobstant toute disposition contraire de la présente convention, chaque gouvernement contractant pourra accorder à l'un quelconque de ses ressortissants un permis spécial autorisant l'intéressé à tuer, capturer et traiter des baleines en vue de recherches scientifiques et subordonnant cette autorisation aux restrictions en ce qui concerne le nombre et à telles autres conditions que le gouvernement contractant jugera opportunes; les baleines pourront être tuées, capturées ou traitées conformément aux prévisions du présent article sans qu'il y ait lieu de se conformer aux dispositions de la présente convention. Chaque gouvernement contractant devra porter immédiatement à la connaissance de la commission toutes les autorisations de cette nature qu'il aura accordées. Un gouvernement contractant pourra révoquer à tout moment un permis spécial par lui accordé.
>
> 2. Dans toute la mesure du possible, les baleines capturées en vertu de ces permis spéciaux devront être traitées conformément aux directives formulées par le gouvernement qui aura délivré le permis, lesquelles s'appliqueront également à l'utilisation des produits obtenus.
>
> 3. Dans la mesure du possible, chaque gouvernement contractant devra transmettre à l'organisme que la Commission pourra désigner à cet effet, à des intervalles d'un an au maximum, les renseignements de caractère scientifique dont il disposera sur les baleines et la chasse à la baleine, y compris les résultats des recherches effectuées en application du paragraphe 1 du présent article et de l'article IV.
>
> 4. Reconnaissant qu'il est indispensable, pour assurer une gestion saine et profitable de l'industrie baleinière, de rassembler et d'analyser constamment les renseignements biologiques recueillis à l'occa-

the whale fisheries, the Contracting Governments will take all practicable measures to obtain such data."

19. Article VIII constitutes an exception to the regulatory régime established by the Convention for commercial whaling, but it is not, as initially argued by Japan, "outside the scope of the ICRW". It cannot be outside the scope of the ICRW, because it is an integral part of the Convention, and was included therein to deal with a distinct type of whaling, which may be referred to as "scientific whaling" or whaling for purposes of scientific research. It establishes a system of special permits for this type of whaling, a system that is "exempt from the operation of this Convention" in so far as the killing, taking and treating of whales is carried out "in accordance with the provisions" of Article VIII.

20. The opening words of paragraph 1, i.e., "Notwithstanding anything contained in this Convention any Contracting Government may grant a special permit", have to be interpreted in the sense of a discretionary power granted under the Convention to States parties to issue a special permit for purposes of scientific research subject to such restrictions and conditions "as the Contracting Government thinks fit". The discretionary power granted to States parties distinguishes this type of whaling from the commercial whaling regulated in other parts of the Convention for which the Commission has to fix the conditions and restrictions, such as stock status and commercial quotas, in accordance with the Schedule annexed to the Convention.

21. The fixing of the number of whales to be taken, the combination of non-lethal methods with the lethal ones permitted by Article VIII and any other conditions rest with the discretion of the Contracting Government issuing the permit. Nonetheless, the killing, taking and treating of whales for which special permits are issued have to be carried out "in accordance with the provisions" of Article VIII; i.e., for purposes of scientific research and in compliance with the requirements laid down in paragraphs 2 and 3 of that provision. Thus, there is a correlative obligation under Article VIII itself not to use such a right or discretionary power for reasons contrary to the purpose for which it was granted, or in an arbitrary or capricious manner.

22. Consequently, the discretionary power granted under Article VIII is far from being unrestricted. It is to be lawfully used only for the achievement of the purposes laid down in the Convention, namely scientific research, and in accordance with the provisions of Article VIII. Besides the primary requirement that such special permits can only be issued "for purposes of scientific research", other limitations to the discretionary power of the issuing State under Article VIII include the duty to "report at once to the Commission all such authorizations which it has granted" (para. 1) and to

"transmit to such body as may be designated by the Commission, in so far as practicable, and at intervals of not more than one year,

sion des opérations des usines flottantes et des stations terrestres, les gouvernements contractants prendront toutes les mesures en leur pouvoir pour se procurer ces renseignements.»

19. L'article VIII constitue une exception au régime institué par la convention pour réglementer la chasse commerciale mais, contrairement à ce que le Japon a soutenu dans un premier temps, cet article n'est pas «exclu du champ d'application de la convention». Il ne peut en être exclu car il fait partie intégrante de cet instrument et vise une catégorie distincte de chasse à la baleine, que l'on peut désigner sous l'appellation «chasse scientifique» ou chasse aux fins de la recherche scientifique. Il prévoit un système de permis spéciaux pour ce type de chasse, système qui s'applique «sans qu'il y ait lieu de se conformer aux dispositions de la présente convention» dès lors que les baleines sont tuées, capturées ou traitées «conformément aux prévisions» de l'article VIII.

20. Les termes introductifs du paragraphe 1, «Nonobstant toute disposition contraire de la présente convention, chaque gouvernement contractant pourra accorder à l'un quelconque de ses ressortissants un permis spécial», doivent être interprétés comme accordant aux Etats parties le pouvoir discrétionnaire de délivrer un permis spécial aux fins de la recherche scientifique, ce pouvoir étant subordonné à telles restrictions et conditions «que le gouvernement contractant jugera opportunes». Ce pouvoir discrétionnaire conféré aux Etats parties différencie ce type de chasse de la chasse commerciale, réglementée par d'autres dispositions de la convention et pour laquelle il appartient à la commission de fixer des restrictions et des conditions, notamment en établissant l'état des stocks et les quotas de chasse, conformément au règlement annexé à la convention.

21. C'est à l'Etat qui délivre le permis qu'il appartient de fixer le nombre de baleines à capturer, d'associer des méthodes non létales aux méthodes létales autorisées par l'article VIII et d'imposer toute autre condition jugée opportune. Néanmoins, les baleines tuées, capturées et traitées au titre d'un permis spécial doivent l'être «conformément aux prévisions» de l'article VIII, autrement dit aux fins de la recherche scientifique et conformément aux exigences énoncées aux paragraphes 2 et 3 dudit article. Ainsi, aux termes de l'article VIII, est corrélée à ce droit ou ce pouvoir discrétionnaire l'obligation de ne pas en user d'une manière arbitraire ou inconsidérée, ou à des fins autres que celles pour lesquelles il a été accordé.

22. Ce pouvoir discrétionnaire conféré par l'article VIII est donc loin d'être illimité. Il doit en être fait usage de manière légitime aux seules fins prévues par la convention — autrement dit la recherche scientifique — et conformément aux dispositions y énoncées. Parmi les restrictions imposées au pouvoir discrétionnaire conféré à l'Etat au titre de l'article VIII figure, outre la condition première selon laquelle les permis spéciaux ne peuvent être délivrés qu'«en vue de recherches scientifiques», le devoir de «porter immédiatement à la connaissance de la commission toutes les autorisations de cette nature qu'il aura accordées» (par. 1) et,

«[d]ans toute la mesure du possible, ... [de] transmettre à l'organisme que la Commission pourra désigner à cet effet, à des intervalles d'un

scientific information available to that Government with respect to whales and whaling, including the results of research conducted pursuant to paragraph 1 of this Article and to Article IV"[9] (para. 3).

23. In addition, the meat of any whales taken for scientific research has to be processed and disposed of in accordance with directions issued by the Government by which the permit was granted (para. 2). As indicated above, these requirements are further complemented by the obligations laid down in paragraph 30 of the Schedule which have been specifically elaborated to enable the Scientific Committee to review and comment on such special permits and by the Guidelines in Annex P both of which are examined in paragraphs 33-34 below.

24. The obligations and requirements limiting the discretionary power granted in Article VIII are not to be sought, as has been done in the Judgment, in an assessment of the reasonableness of the relationship between the design and implementation of JARPA II and its stated objectives as a research plan. They are to be found in Article VIII itself and in the related instruments developed by the ICW and by its Scientific Committee to review and ascertain the lawful use of such discretionary power by those States issuing the special permits. It is these provisions and instruments that should have been used by the Court to determine the legality of the conduct of Japan in issuing such permits for JARPA II, and not the extraneous standard of reasonableness of the design and implementation of the programme in relation to its stated objectives.

25. Moreover, the amendments made to the Schedule with respect to the regulatory framework for commercial whaling, and in particular the moratorium adopted in 1982, which is still in place, and the Schedule on the prohibition on commercial whaling in the Southern Ocean Sanctuary, cannot be considered to be devoid of influence on the interpretation and implementation of Article VIII of the Convention in so far as they reflect a shift in attitudes and societal values towards the use of lethal methods for whaling in general. Thus, the application of Article VIII in the context of JARPA II should have been interpreted through the prism of all these developments, and in light of their effect on the object and purpose of the Convention.

26. On account of the developments that have taken place both in the ICRW and in international environmental law in general, the Court should have assessed whether the continued conduct of JARPA II, as a programme that uses lethal methods for purposes of scientific research under Article VIII, constitutes an anomaly, which may frustrate the object and purpose of the Convention in light of the amendments introduced to it in recent years which have resulted in an evolution of the

[9] Article IV deals with the collaboration of the Commission with independent agencies of the Contracting Governments to encourage, recommend or organize studies and investigations relating to whales and whaling.

an au maximum, les renseignements de caractère scientifique dont il disposera sur les baleines et la chasse à la baleine, y compris les résultats des recherches effectuées en application du paragraphe 1 du présent article et de l'article IV»[9] (par. 3).

23. En outre, la chair des baleines capturées aux fins de la recherche scientifique doit être traitée conformément aux directives formulées par le gouvernement qui aura délivré le permis (par. 2). Comme indiqué ci-dessus, viennent également s'ajouter à ces restrictions les obligations énoncées au paragraphe 30 du règlement — spécialement prévues pour permettre au comité scientifique d'examiner et de commenter ces permis spéciaux — ainsi que les lignes directrices figurant dans l'annexe P, examinées aux paragraphes 33 et 34 ci-dessous.

24. Les obligations et les restrictions limitant le pouvoir discrétionnaire accordé par l'article VIII ne sauraient être établies en examinant, comme la Cour l'a fait dans le présent arrêt, s'il existe un lien raisonnable entre la conception et la mise en œuvre de JARPA II et ses objectifs déclarés en tant que plan de recherche. Elles sont à rechercher dans l'article VIII lui-même et les instruments connexes élaborés par la CBI et son comité scientifique afin de garantir que les Etats habilités à délivrer un permis spécial usent de leur pouvoir discrétionnaire de manière légitime. Ce sont sur ces dispositions et instruments que la Cour aurait dû se fonder pour établir la licéité du comportement du Japon relativement à la délivrance de permis spéciaux dans le cadre de JARPA II, et non pas sur le caractère raisonnable de la conception et de la mise en œuvre du programme au regard de ses objectifs déclarés, critère totalement étranger à la convention.

25. Par ailleurs, les modifications apportées au régime de réglementation des activités de chasse à la baleine commerciale, en particulier le moratoire sur la chasse commerciale adopté en 1982, toujours en vigueur aujourd'hui, et l'interdiction de cette forme de chasse dans le sanctuaire de l'océan Austral ne sauraient être considérées comme sans incidence sur l'interprétation et l'application de l'article VIII de la convention, dans la mesure où elles reflètent une évolution des mentalités et des valeurs sociétales vis-à-vis de la chasse à la baleine en général. L'application de l'article VIII dans le cadre de JARPA II aurait dû être envisagée à travers le prisme de cette évolution et à la lumière de ses effets sur l'objet et le but de la convention.

26. Au vu de l'évolution de la convention et du droit international de l'environnement en général, la Cour aurait dû rechercher si la poursuite de JARPA II, en tant que programme ayant recours à des méthodes létales aux fins de la recherche scientifique au titre de l'article VIII, constituait une anomalie susceptible de faire échec à l'objet et au but de la convention, au regard des modifications apportées récemment à cet instrument qui ont transformé le cadre réglementaire institué par celle-ci. De

[9] L'article IV traite de la collaboration de la commission avec des organismes indépendants de l'Etat contractant en vue d'encourager, de recommander ou d'organiser des études et des enquêtes sur les baleines et la chasse à la baleine.

regulatory framework of the Convention. Indeed, the balance between conservation and sustainable exploitation has clearly shifted in the Convention in favour of more conservation and less exploitation. Although JARPA II does not appear to have adverse effects on whale stocks at the moment, such an assessment could have perhaps shed light on whether a programme for purposes of scientific research, such as JARPA II, may still be considered to be consistent with the conservationist approach adopted in the Convention or whether this new approach restricts the right to issue permits for scientific research purposes.

27. Although the Judgment recognizes the centrality of the interpretation and application of these provisions in its paragraph 50[10], it quickly skates over their analysis to embark in an extremely detailed assessment of "whether the design and implementation of JARPA II are reasonable in relation to achieving the programme's stated research objectives" (see subtitle B, para. 127), which is adopted as the standard of review on whether or not JARPA II is for purposes of scientific research. It bears to be emphasized that neither the design and implementation of scientific research programmes nor their reasonableness in relation to achieving a programme's stated objectives are mentioned in Article VIII of the ICRW or in the related instruments mentioned above. Nonetheless, they have surprisingly managed to occupy centre stage in the Judgment.

28. The Judgment also recognizes that:

> "since Article VIII, paragraph 1, specifies that 'the killing, taking and treating of whales in accordance with the provisions of this Article shall be exempted from the operation of this Convention', whaling conducted under a special permit which meets the conditions of Article VIII is not subject to the obligations under the Schedule concerning the moratorium on the catching of whales for commercial purposes, the prohibition of commercial whaling in the Southern Ocean Sanctuary and the moratorium relating to factory ships" (para. 55).

However, instead of analysing whether the special permits issued by Japan meet the conditions of Article VIII, the Judgment takes up the examination and application of the extraneous standard of "reasonableness in relation to achieving the stated objectives of the programme" and derives its final conclusions from it. Thus, the law applicable to the subject of the dispute between the Parties, recognized by the Court itself in the Judgment, is set aside in favour of an obscure and debatable standard which cannot be found anywhere in the Convention while the effects of the conservationist approach adopted in the Convention in recent years

[10] Paragraph 50 reads as follows: "The issues concerning the interpretation and application of Article VIII of the Convention are central to the present case . . ."

fait, un rééquilibrage est intervenu entre conservation et exploitation pérenne, la première prenant le pas sur la seconde. Bien que, à l'heure actuelle, JARPA II ne semble pas avoir d'effets préjudiciables sur les stocks de baleines, une telle analyse aurait peut-être permis de déterminer si un programme mené à des fins de recherche scientifique, comme JARPA II, avait toujours sa place dans le contexte d'une convention privilégiant la conservation ou si cette nouvelle approche restreignait le droit de délivrer des permis aux fins de la recherche scientifique.

27. Même si, au paragraphe 50 de son arrêt[10], la Cour reconnaît le caractère central de l'interprétation et de l'application de ces dispositions, elle glisse rapidement sur l'analyse de ces deux éléments pour se livrer à un examen extrêmement détaillé de la «question de savoir si la conception et la mise en œuvre de JARPA II sont raisonnables au regard des objectifs de recherche annoncés» (voir sous-titre B, par. 127), qu'elle adopte comme critère aux fins d'établir si JARPA II est mené à des fins de recherche scientifique. Il convient de souligner que ni la conception et la mise en œuvre des programmes de recherche scientifique, ni leur caractère raisonnable au regard de leurs objectifs déclarés ne sont mentionnés à l'article VIII de la convention et dans les instruments connexes mentionnés ci-dessus. Et pourtant, ces notions se sont étonnamment arrogé une place centrale dans le raisonnement de la Cour.

28. Il est également dit dans l'arrêt que,

> «dès lors que le paragraphe 1 de l'article VIII précise que «les baleines pourront être tuées, capturées ou traitées conformément aux prévisions du présent article sans qu'il y ait lieu de se conformer aux dispositions de la présente convention», les activités de chasse à la baleine menées au titre d'un permis spécial satisfaisant aux conditions prévues à l'article VIII ne sont pas soumises aux obligations imposées par le règlement concernant le moratoire sur la chasse à la baleine à des fins commerciales, l'interdiction de chasser la baleine à des fins commerciales dans le sanctuaire de l'océan Austral et le moratoire sur les usines flottantes» (par. 55).

Toutefois, au lieu d'examiner si les permis spéciaux délivrés par le Japon satisfont aux conditions de l'article VIII, la Cour choisit d'examiner et d'appliquer le critère non pertinent du «caractère raisonnable au regard des objectifs déclarés du programme» et en tire ses conclusions finales. Le droit reconnu par la Cour elle-même dans son arrêt comme applicable à l'objet du différend opposant les Parties est ainsi écarté au profit d'un critère obscur et contestable dont la convention ne fait nullement mention, l'arrêt faisant de plus abstraction des conséquences que pourrait avoir sur l'interprétation du pouvoir discrétionnaire accordé par l'ar-

[10] Le paragraphe 50 se lit comme suit: «Les questions concernant l'interprétation et l'application de l'article VIII de la convention sont au cœur de la présente espèce... »

on the interpretation of the discretionary power granted under Article VIII are ignored.

D. The Assessment of the Legality of the Special Permits for JARPA II

29. Is the primary purpose of the special permit issued to JARPA II to undertake scientific research or to facilitate the supply of whale meat to a commercial market? Is there evidence to support that JARPA II was granted special permit for a purpose other than scientific research? What are the criteria for determining whether a programme is for purposes of scientific research under the ICRW? To answer these questions and others relating to the legality of the special permits issued by Japan in connection with JARPA II, recourse must be had to the applicable law outlined above.

30. An objective test of whether a programme for which a special permit has been issued is "for purposes of scientific research" and is carried out "in accordance with the provisions of Article VIII" is not, as stated in the Judgment, whether the use of lethal sampling is on a larger scale than is reasonable in relation to achieving the programme's stated objectives, nor whether the sample sizes are reasonable with respect to those objectives. Those are matters on which scientists and the statistical calculations they use for that purpose can differ. They are not criteria established under Article VIII or in any other provisions of the Convention.

31. Likewise, whether or not a programme is for purposes of scientific research cannot be determined on the basis of the reasonableness of the scale of the use of lethal sampling. The killing or taking of even a single whale may be considered illegal today under the provisions of the ICRW unless it is done for purposes of scientific research. Thus, the fact that the sample size of minke whales taken under JARPA II is much larger than that of JARPA makes no difference unless it is established first that both programmes are for purposes of scientific research.

32. As indicated above, the assessment of the legality of the special permits issued for JARPA II should focus first and foremost on the procedural and substantive requirements of Article VIII itself and with those of paragraph 30 of the Schedule. It should also take into account the effect of recent developments in the regulatory framework of the Convention on the interpretation of Article VIII in light of its object and purpose. Did Japan transmit to the Scientific Committee of the IWC, and at intervals of not more than one year, scientific information available to it with respect to whales and whaling, including the results of research conducted, as required by paragraph 3 of Article VIII? Did it submit the proposed permits for review and comment by the Committee, in accordance with paragraph 30 of the Schedule, which was adopted in 1979? To

ticle VIII le souci de la conservation récemment inscrit dans la convention.

D. L'analyse de la licéité des permis spéciaux délivrés dans le cadre de JARPA II

29. Les permis spéciaux délivrés dans le cadre de JARPA II ont-ils avant tout pour but de mener des recherches scientifiques ou de favoriser l'offre sur le marché de la chair de baleine? Existe-t-il des éléments attestant qu'un permis spécial a été délivré à JARPA II alors que ce programme poursuivait un but autre que la recherche scientifique? Quels sont les critères permettant de déterminer si un programme est mené en vue de recherches scientifiques aux termes de la convention? Pour répondre à ces questions ainsi qu'à d'autres interrogations sur la licéité des permis spéciaux délivrés par le Japon dans le cadre de JARPA II, il aurait fallu se fonder sur le droit applicable décrit ci-dessus.

30. Déterminer, sur la base d'un critère objectif, si un programme pour lequel a été délivré un permis spécial est mené «en vue de recherches scientifiques» et «conformément aux dispositions de l'article VIII» ne consiste pas, contrairement à ce qui est dit dans l'arrêt, à rechercher s'il est fait usage de méthodes létales au-delà de ce qui est raisonnable au regard des objectifs annoncés du programme, ni si les tailles d'échantillon sont raisonnables au regard de ces objectifs. Ce sont là des questions sur lesquelles les scientifiques et les calculs statistiques qu'ils utilisent à cette fin divergent. Il ne s'agit pas de critères établis aux termes de l'article VIII ou d'une quelconque autre disposition de la convention.

31. De la même manière, la question de savoir si un programme poursuit une finalité scientifique ne saurait être tranchée à l'aune du caractère raisonnable de l'ampleur du recours à l'échantillonnage létal. Aujourd'hui, la mise à mort ou la capture d'une seule baleine peut être considérée comme illégale aux termes de la convention, sauf si cet acte répond aux nécessités de la recherche scientifique. Aussi, peu importe-t-il que la taille de l'échantillon des petits rorquals prélevés dans le cadre de JARPA II soit nettement supérieure à celle de JARPA, à moins qu'il n'ait été au préalable établi que les deux programmes étaient menés en vue de recherches scientifiques.

32. Comme indiqué ci-dessus, la licéité des permis spéciaux délivrés dans le cadre de JARPA II devrait en tout premier lieu être appréciée au regard des obligations de nature procédurale et substantielle imposées par l'article VIII lui-même et par le paragraphe 30 du règlement. Il conviendrait également de tenir compte de l'effet sur l'interprétation à donner de l'article VIII des modifications apportées récemment au cadre réglementaire institué par la convention, à la lumière de l'objet et du but de celle-ci. Le Japon a-t-il transmis au comité scientifique de la CBI, à des intervalles d'un an au maximum, les renseignements de caractère scientifique dont il disposait sur les baleines et la chasse à la baleine, y compris les résultats des recherches effectuées, conformément au paragraphe 3 du règlement? A-t-il soumis les propositions de permis au comité pour que celui-ci les

answer these questions, it is important to examine, in addition to the procedural requirements, whether Japan has breached its treaty obligations by the use of lethal methods in JARPA II, by the scale of the sampling size involved, by authorizing JARPA II to offer for sale the by-products of the whales killed or taken in the implementation of the programme.

33. To begin with the procedural requirements, paragraph 30 of the Schedule requires Contracting Governments to "provide the Secretary to the International Whaling Commission with proposed scientific permits before they are issued and in sufficient time to allow the Scientific Committee to review and comment on them". It elaborates further on the requirement of paragraph 3 of Article VIII, identifies the four types of information to be specified in the proposals[11] and prescribes that "Proposed permits shall be reviewed and commented on by the Scientific Committee at Annual Meetings when possible . . ." With regard to these requirements, the Court finds that "[a]s regards the substantive requirements of paragraph 30 . . . the JARPA II Research Plan, which constitutes the proposal for the grant of special permits, sets forth the information specified by that provision" (para. 239). It then concludes that: "the Court is persuaded that Japan has met the requirements of paragraph 30 as far as JARPA II is concerned" (para. 242).

34. These findings of the Court contradict its other conclusions that the special permits granted by Japan in connection with JARPA II are not for purposes of scientific research pursuant to Article VIII, paragraph 1, of the Convention. Compliance with the requirements of paragraph 30 is by itself a significant distinguishing feature of a programme for purposes of scientific research. The JARPA II programme was duly reviewed and commented by the Scientific Committee of the IWC in 2005 in accordance with the Guidelines contained in Annex Y (now Annex P) with regard to its methodology, the effects of catches on the population concerned and the opportunities for participation in the research[12]. In other instances, when the Scientific Committee took the view that a permit proposal submitted by a State did not meet its criteria, it specifically recommended that the permits sought should not be issued. Indeed, in 1987 the Scientific Committee explicitly recommended that the Commission request the Republic of Korea to refrain from issuing permits until it can show that such permits will not further deplete the stock and that it will materially contribute to the comprehensive assessment of this

[11] They are: *(a)* objectives of the research; *(b)* number, sex, size and stock of the animals to be taken; *(c)* opportunities for participation in the research by scientists of other nations; and *(d)* possible effect on conservation of stock.

[12] Report of the Scientific Committee (SC Report) 2005, *J. Cetacean Res. Manage.* 8 (Suppl.), 2006, p. 49. All the reports of the Scientific Committee are available at: http://iwc.int/scientific-committee-reports.

examine et formule un avis à leur sujet, conformément au paragraphe 30 du règlement, adopté en 1979? Pour répondre à ces questions, il importe d'examiner si, au-delà de ces obligations de nature procédurale, le Japon a violé ses obligations conventionnelles en ayant recours à des méthodes létales dans le cadre de JARPA II, en fixant des tailles d'échantillon trop élevées ou en autorisant que soient proposés à la vente les sous-produits des baleines tuées ou capturées dans le cadre de JARPA II.

33. S'agissant des obligations de nature procédurale, le paragraphe 30 du règlement demande à chaque Etat contractant de «fournir au secrétaire de la commission baleinière internationale ses propositions de permis scientifiques avant leur délivrance et dans un délai suffisant pour permettre au comité scientifique de les examiner et de formuler un avis à ce sujet». Ce paragraphe explicite l'exigence formulée au paragraphe 3 de l'article VIII, énumère les quatre types d'information devant figurer dans les propositions de permis[11] et prévoit que «[l]es propositions de permis font l'objet d'un examen et de commentaires du comité scientifique lors des réunions annuelles dans la mesure du possible...» A ce propos, la Cour estime que, «[p]our ce qui est des obligations de fond imposées par le paragraphe 30, ... le plan de recherche de JARPA II, sur la base duquel sont délivrés les permis spéciaux, fournit les informations requises par cette disposition» (par. 239), avant de conclure que «le Japon a satisfait aux exigences du paragraphe 30 en ce qui concerne JARPA II» (par. 242).

34. Cette conclusion contredit les autres conclusions de la Cour selon lesquelles les permis spéciaux délivrés dans le cadre de JARPA II ne le sont pas en vue de recherches scientifiques au sens du paragraphe 1 de l'article VIII de la convention. Le respect des exigences du paragraphe 30 constitue en soi une particularité importante d'un programme mené aux fins de la recherche scientifique. JARPA II a été dûment examiné et commenté par le comité scientifique de la CBI en 2005, conformément aux lignes directrices énoncées à l'annexe Y (devenue depuis l'annexe P). Le comité s'est penché sur les méthodes employées, les effets des captures sur la population concernée et les possibilités de participation aux recherches[12]. Dans d'autres cas, lorsqu'il avait été d'avis qu'une proposition de permis présentée par un Etat ne satisfaisait pas aux critères requis, le comité avait recommandé que le permis en instance ne soit pas délivré. C'est ainsi que, en 1987, il avait expressément recommandé à la commission de demander à la République de Corée de s'abstenir de délivrer des permis aussi longtemps qu'elle n'aurait pas démontré que son programme de chasse n'avait pas pour effet d'épuiser les stocks, mais apportait une

[11] A savoir: *a)* les objectifs de la recherche; *b)* le nombre, le sexe, la taille et la population des animaux à capturer; *c)* les possibilités de participation aux recherches de scientifiques provenant d'autres pays; et *d)* les effets potentiels de cette chasse sur la conservation de la population concernée.

[12] Rapport du comité scientifique, *J. Cetacean Res. Manage*, n° 8 (suppl.), 2006, p. 49. Tous les rapports du comité scientifique sont disponibles en anglais à l'adresse suivante: http://iwc.int/scientific-committee-reports.

stock[13]. Similarly, in 1990 with relation to a proposal by the USSR, the Committee explicitly noted that "the proposed investigations on the whales to be caught do not appear to be structured either to provide information essential for rational management of these stocks, or to contribute to the comprehensive assessment or other critically important research needs"[14]. This was not the case with regard to JARPA II despite the fact that 63 out of 195 members of the Scientific Committee declined to participate in the relevant meeting of the Scientific Committee (see paragraph 241 of the Judgment).

35. Moreover, as discussed below in paragraph 53, the Scientific Committee in its Report of 2012 specifically recommended the use of data arising, *inter alia*, from both JARPA and JARPA II for catch-at-age based analyses for the minke whale population dynamics model it is investigating; while in its 2013 Report it referred to non-lethal sampling of humpback whales occurring within the JARPA/JARPA II programmes as useful in the assessment of certain breeding stocks of humpback whales. If JARPA II were not a programme for purposes of scientific research, as the Judgment concludes, would the Scientific Committee of the IWC continue not only to review and comment on it, but also to recommend the use of its data for the advancement of its own work?

36. A second test for assessing whether JARPA II is for purposes of scientific research is whether it satisfies the criteria laid down in the Annex P Guidelines adopted by consensus by the States parties to the Convention in 2006 and revised in 2009. Annex P establishes clear criteria and conditions, which all special permit proposals should meet, and against which they are to be reviewed and commented by the Scientific Committee. Such proposals have to specify the objectives of the study[15], the methods

[13] *Rep. Int. Whal. Commn* 38, 1988, pp. 53-54, the Committee:

"reiterated its serious concern at the lack of the collection of even basic biological information from the previous year's permit catch [proposed by Korea]. There is no reason to believe the new proposal will be any more useful in assisting the Committee's work. The Committee, therefore, *requests* that the Commission strongly urges the Government of Korea to refrain from issuing a special scientific permit until it can fully show that the take of 80 whales per year will not further deplete the stock and that it will materially contribute to the comprehensive assessment of this stock."

[14] *Rep. Int. Whal. Commn* 41, 1991, pp. 74-75.

[15] The objectives should:

(*a*) be quantified to the extent possible;
(*b*) be arranged into two or three categories, if appropriate: "Primary", "Secondary" and "Ancillary";
(*c*) include a statement for each primary proposal as to whether it requires lethal sampling, non-lethal methods or a combination of both;

contribution concrète à l'évaluation exhaustive de ces populations[13]. De même, en 1990, face à une demande de permis présentée par l'URSS, le comité avait expressément relevé que «les recherches proposées ne sembl[ai]ent pas structurées de manière à apporter des informations utiles à la gestion rationnelle des populations baleinières ou à contribuer à l'évaluation exhaustive ou à d'autres besoins de la recherche d'une importance primordiale»[14]. Tel n'a pas été le cas pour JARPA II, bien que 63 des 195 membres du comité scientifique aient refusé de prendre part à la réunion organisée autour de ce programme (voir arrêt, par. 241).

35. En outre, comme indiqué ci-dessous au paragraphe 53, dans le rapport qu'il a publié en 2012, le comité scientifique a expressément recommandé que l'analyse des prises par âge utilisée dans le cadre de ses travaux sur la modélisation de la dynamique de population des petits rorquals soit effectuée à partir des données issues de JARPA et de JARPA II; dans le rapport qu'il a publié en 2013, il a fait référence à l'échantillonnage non létal des baleines à bosse dans le cadre des programmes JARPA et JARPA II en le jugeant utile pour l'évaluation de certains stocks reproducteurs de cette espèce. Si JARPA II n'était pas un programme mené aux fins de la recherche scientifique, comme le dit la Cour dans son arrêt, le comité scientifique de la CBI continuerait-il non seulement à l'examiner et à formuler des commentaires à son sujet, mais aussi à recommander d'utiliser les données qui en sont issues pour faire progresser ses propres travaux?

36. Un deuxième moyen d'évaluer la finalité scientifique de JARPA II consistait à rechercher s'il satisfaisait aux critères énoncés dans les lignes directrices de l'annexe P adoptées par consensus par les Etats parties à la convention en 2006 et revisées en 2009. L'annexe P formule des exigences et des conditions claires, auxquelles tous les permis spéciaux doivent satisfaire et à l'aune desquelles ils doivent être examinés et commentés par le comité scientifique. Les propositions de permis doivent préciser les objectifs de l'étude[15]

[13] *Rep. IWC*, vol. 38, 1988, p. 53-54, le comité

«s'est déclaré de nouveau très préoccupé de constater que les captures effectuées au titre d'un permis spécial au cours de l'année écoulée n'avaient pas contribué à recueillir des données biologiques, même élémentaires [proposition de permis présentée par la Corée]. Rien ne porte à croire que la nouvelle proposition contribuera plus utilement aux travaux du comité. Ce dernier *demande* donc à la commission d'exhorter le Gouvernement coréen à s'abstenir de délivrer tout permis scientifique spécial tant qu'il n'aura pas démontré que la prise de 80 baleines par an n'accélère pas le déclin de la population concernée mais apporte une contribution concrète à l'évaluation exhaustive de ladite population.»

[14] *Rep. IWC*, vol. 41, 1991, p. 74-75.

[15] Les objectifs doivent:

a) être quantifiés dans la mesure du possible;
b) être répartis en deux ou trois catégories, selon que de besoin («objectifs primaires», «objectifs secondaires» et «objectifs accessoires»);
c) indiquer, pour chaque proposition présentée pour la première fois, s'il est prévu de recourir à des méthodes létales, à des méthodes non létales ou à une association des deux;

to address objectives[16], the assessment of the potential effects of catches on the stocks involved[17], and provide the results of a simulation study on the effects of the permit takes on the stock and a note of the provisions for co-operative research[18]. These Guidelines are given a curt treatment in the Judgment (para. 240), but their importance cannot be underesti-

---

(d) include a brief statement of the value of at least each primary objective in the context of the three following broad categories objectives:

(i) improve the conservation and management of whale stocks,
(ii) improve the conservation and management of other living marine resources or the ecosystem of which the whale stocks are an integral part and/or,
(iii) test hypotheses not directly related to the management of living marine resources;

(e) include, in particular for *(d)* (i) and *(d)* (ii), at least for each primary objective, the contribution it makes to *inter alia*:

(i) past recommendations of the Scientific Committee,
(ii) completion of the comprehensive assessment or in-depth assessments in progress or expected to occur in the future,
(iii) the carrying out of implementations or implementation reviews of the RMP or AWMP,
(iv) improved understanding of other priority issues as identified in the Scientific Committee Rules of Procedure (IWC, 2006, p. 180),
(v) recommendations of other intergovernmental organizations.

[16] Methods to address objectives:

(a) field methods, including:

(i) species, number (and see *(c)* below), time frame, area,
(ii) sampling protocol for lethal aspects of the proposal, and
(iii) an assessment of why non-lethal methods, methods associated with any ongoing commercial *whaling, or analyses of past data have been considered to be insufficient*;

(b) laboratory methods;
(c) analytical methods, including estimates of statistical power where appropriate;

(d) time frame with intermediary targets [emphasis added].

[17] Assessment of potential effects of catches on the stocks involved:

(a) a summary of what is known concerning stock structure in the area concerned;
(b) the estimated abundance of the species or stocks, including methods used and an assessment of uncertainty, with a note as to whether the estimates have previously been considered by the Scientific Committee;
(c) provision of the results of a simulation study on the effects of the permit takes on the stock that takes into account uncertainty and projects (1) for the expected life of the permit (i.e., *n* years); (2) for situations where the proposal is assumed to continue for *(a)* a further *n* years, *(b)* a further 2*n* years and *(c)* some longer period of years since the start of the proposal.

[18] A note on the provisions for co-operative research:

(a) field studies;
(b) analytical studies.

et les méthodes utilisées pour les atteindre[16], comporter une évaluation des effets que pourraient avoir les prises sur les populations visées[17], fournir les résultats d'une étude de simulation sur les effets des prises autorisées au titre de permis spéciaux sur les populations, ainsi qu'une note sur les dispositions relatives à la recherche coopérative[18]. Ces lignes directrices sont traitées à la

---

d) inclure une brève déclaration sur l'intérêt que présente chaque objectif primaire, au minimum, pour les trois grands objectifs suivants :

i) améliorer la conservation et la gestion des populations de baleines,
ii) améliorer la conservation et la gestion des autres ressources marines vivantes ou de l'écosystème dont les populations de baleines font partie intégrante,
iii) vérifier les hypothèses qui n'ont pas de lien direct avec la gestion des ressources marines vivantes ;

e) indiquer, en particulier pour les points *d* i) et *d* ii) et au moins pour chaque objectif primaire, quelle est la contribution de ces objectifs aux domaines suivants, entre autres :

i) les recommandations passées du comité scientifique,
ii) la réalisation de l'évaluation exhaustive ou des évaluations détaillées en cours ou susceptibles d'être réalisées à l'avenir,
iii) la conduite d'une série de mises en œuvre ou de l'évaluation de la mise en œuvre de la procédure de gestion revisée ou de la procédure de chasse aborigène de subsistance,
iv) une meilleure compréhension d'autres enjeux prioritaires identifiés dans le règlement intérieur du comité scientifique (CBI, 2006, p. 180),
v) les recommandations d'autres organisations intergouvernementales.

[16] Méthodes permettant d'atteindre ces objectifs :

a) méthodes sur le terrain, et notamment :

i) espèces, nombre (voir *c)* ci-dessous), calendrier, région,
ii) protocole d'échantillonnage pour les aspects létaux de la proposition,
iii) analyse des raisons pour lesquelles les méthodes non létales, les méthodes associées à toute activité de chasse à la *baleine* commerciale en cours, *ou les analyses des données passées ont été jugées insuffisantes* ;

b) méthodes en laboratoire ;
c) méthodes analytiques, notamment estimations de l'efficacité statistique, au besoin ;
d) calendrier comprenant des objectifs intermédiaires (les italiques sont de moi).

[17] Evaluation des effets potentiels des captures sur les populations concernées :

a) synthèse des connaissances sur la structure des populations dans la zone concernée ;
b) estimation de l'abondance des espèces ou des stocks, en indiquant les méthodes utilisées, en analysant le taux d'incertitude et en précisant si ces estimations ont déjà été prises en considération par le comité scientifique ;
c) indication des résultats d'une étude de simulation sur les effets des prises autorisées au titre de permis spéciaux sur les populations ; cette étude doit prendre en compte l'incertitude et les projets 1) pour la durée de vie attendue du permis (à savoir nombre d'années) et 2) pour les situations dans lesquelles la proposition est réputée se poursuivre pour *a) n* années supplémentaires, *b) 2n* années supplémentaires et *c)* une période plus longue à compter du début de la proposition.

[18] Note concernant les dispositions relatives à la recherche coopérative :

a) études sur le terrain ;
b) études analytiques.

mated since they were used by the Scientific Committee in the initial review and commentary on JARPA II and continue to be used by it to ensure its compliance with paragraph 30 of the Schedule to the Convention as well as Article VIII.

37. Japan submitted the JARPA II proposal in March 2005 and furnished the information required by paragraph 30 and Annex Y (now P). The Committee recognized that "[t]he proposal provides the information under paragraph 30 of the Schedule"[19]. The Committee does not have the power to disallow or authorize a permit, which rests in the discretion of the State party under Article VIII. However, its views and comments are of utmost significance. When the Committee reviews a proposal, the Government concerned must take serious account of the discussions which have taken place, and of the conclusions and recommendations of the Committee. Paragraph 30 also requires that "[p]reliminary results of any research resulting from the permits" should be made available.

38. The evidence before the Court indicates that Japan continues to submit annual cruise reports to the Scientific Committee to share with it the preliminary results of JARPA II and to show the extent to which the recommendations of the Committee have been taken into account[20]. Thus, there appears to be an ongoing dialogue and co-operation between the Japanese scientists involved in JARPA II and the Scientific Committee. This has recently led the Committee to note in one of its reports that the stock structure model used in JARPA II was "simple and potentially powerful" and that "[a]side from the general relevance of the results to understanding [of] Antarctic minke whale dynamics, it might in the future prove useful in allocating historical catches to stocks"[21]. Would the Scientific Committee make such favourable comments about JARPA II if it were not for purposes of scientific research?

39. JARPA II is the successor programme to JARPA and although the legality of JARPA is not in issue here, there can be no doubt that the two programmes pursue overlapping objectives as recognized in the Judgment. In this connection, it is important to note that in 2007, when reviewing the results from the JARPA programme, the review workshop established by the Scientific Committee reiterated the view already expressed by the Commission in 1997 that some use could be found for the data arising from JARPA:

---

[19] *J. Cetacean Res. Manage* 8 (Suppl.), 2006, p. 50.

[20] See, for example, SC Report 2012, p. 85. All the JARPA/JARPA II cruise reports are available at: http://www.icrwhale.org/CruiseReportJARPA.htm.

[21] SC Report 2012, p. 35 and *J. Cetacean Res. Manage* 14 (Suppl.), 2013, p. 26.

vante dans l'arrêt (par. 240), alors que leur importance ne saurait être sous-estimée puisque le comité scientifique les a utilisées lors de son examen initial de JARPA II et qu'il continue de les utiliser pour s'assurer que le programme respecte les dispositions du paragraphe 30 du règlement et de l'article VIII de la convention.

37. Le Japon a soumis le projet de recherche de JARPA II en mars 2005 et a fourni les informations requises par le paragraphe 30 et l'annexe Y (devenue l'annexe P). Le comité a reconnu que «la proposition de permis contenait les informations spécifiées au paragraphe 30 du règlement»[19]. Le comité n'a pas le pouvoir d'accorder ou de refuser un permis; aux termes de l'article VIII, ce pouvoir est dévolu à l'Etat partie. Les avis et les commentaires du comité revêtent néanmoins une très grande importance. Lorsque le comité a examiné un projet de recherche, l'Etat concerné doit dûment prendre en considération les discussions auxquelles a donné lieu son projet, ainsi que les conclusions et les recommandations du comité. Aux termes du paragraphe 30, il est également demandé aux Etats contractants de communiquer «les résultats préliminaires de toute recherche menée au titre d'un permis».

38. Il ressort des éléments de preuve produits devant la Cour que le Japon continue de soumettre au comité scientifique les rapports d'expédition annuels de JARPA II afin de lui faire connaître les résultats préliminaires de son programme et la mesure dans laquelle les recommandations du comité ont été prises en compte[20]. Il semble donc exister une concertation et une coopération permanentes entre les scientifiques japonais de JARPA II et le comité scientifique. Le comité a ainsi été conduit récemment à relever dans l'un de ses rapports que le modèle de structure des stocks utilisé dans le cadre de JARPA II était «simple et potentiellement performant» et que, «outre l'intérêt général que présentent les résultats pour comprendre la dynamique des petits rorquals de l'Antarctique, ce modèle pourrait se révéler utile à l'avenir pour attribuer à tel ou tel stock des données historiques de capture»[21]. Le comité scientifique formulerait-il des commentaires si positifs sur JARPA II si ce programme ne poursuivait aucune finalité scientifique?

39. JARPA II a succédé à JARPA et, même si le caractère licite de ce dernier n'est pas en cause ici, il ne fait aucun doute que les deux programmes poursuivent des objectifs qui se chevauchent, comme le reconnaît la Cour dans son arrêt. A cet égard, il importe de relever que, en 2007, le groupe de travail créé par le comité scientifique pour procéder à l'évaluation finale des résultats de JARPA a réaffirmé ce qu'avait dit la commission en 1997, à savoir que les données issues de ce programme pourraient se révéler utiles à exploiter:

---

[19] *J. Cetacean Res. Manage.*, n° 8 (suppl.), 2006, p. 50.

[20] Voir, par exemple, le rapport que le comité scientifique a publié en 2012, p. 85. L'ensemble des rapports d'expédition de JARPA/JARPA II sont disponibles, en anglais, à l'adresse suivante: http://www.icrwhale.org/CruiseReportJARPA.htm.

[21] Rapport de 2012 du comité scientifique, p. 35, et *J. Cetacean Res. Manage.*, n° 14 (suppl.), 2013, p. 26.

"The results from the JARPA programme, while not required for management under the RMP, have the potential to improve management of minke whales in the southern hemisphere in the following ways: (1) reductions in the current set of plausible scenarios considered in Implementation Simulation Trials; and (2) identification of new scenarios to which future Implementation Simulation Trials will have to be developed (e.g., the temporal component of stock structure). The results of analyses of JARPA data could be used in this way perhaps to increase the allowed catch of minke whales in the southern hemisphere, without increasing depletion risk above the level indicated by the existing Implementation Simulation Trials of the RMP for these minke whales."[22]

40. Turning now to the use of lethal methods and the scale of the sampling involved under JARPA II, it should be recalled that Article VIII of the Convention authorizes Contracting Governments to grant special permits to their nationals to kill and take whales for purposes of scientific research subject to such restrictions and other conditions that the Government "thinks fit". At the same time, following the adoption of paragraph 30 of the Schedule in 1979, the exercise of that right is subject to the review and commentary of the Scientific Committee of the IWC and the respect for the Guidelines issued by the Committee for that purpose, namely Annex P. This Annex, which was approved by consensus by all the States parties to the Convention, requires, as indicated above, "an assessment of why non-lethal methods, methods associated with any ongoing commercial whaling, or analyses of past data have been considered to be insufficient". Thus, the use of lethal methods for purposes of scientific research or the insufficient consideration of non-lethal methods in scientific research programmes has to be assessed and justified, and is subject to review and comment by the Scientific Committee of the IWC.

41. Did Japan comply with these conditions and did it give adequate consideration to the use of non-lethal methods in JARPA II? Are such non-lethal methods used in JARPA II? The evidence submitted to the Court shows that the JARPA II plan clearly mentions the non-lethal methodologies which are to be employed in the programme, including "sighting" surveys, "ecosystem surveys" of the habitat environment of whales, "oceanographic and meteorological observations . . ., including sea ice, surface temperature, sea surface height and chlorophyll *a* concentration over the entire research area, using satellite data"[23].

[22] See at: http://iwc.int/jarpa.
[23] Counter-Memorial of Japan, Ann. 150, pp. 14-15.

« Même s'ils ne sont pas requis pour la gestion au titre de la RMP, les résultats de JARPA sont susceptibles d'améliorer la gestion des petits rorquals de l'hémisphère sud en permettant : 1) la réduction du nombre actuel de scénarios plausibles envisagés dans les essais de simulation de mise en œuvre de la RMP ; et 2) l'identification de nouveaux scénarios pour lesquels de futurs essais de simulation de mise en œuvre devront être mis au point (par exemple, la composante temporelle de la structure des stocks). Les résultats des analyses de JARPA pourraient peut-être permettre d'augmenter le nombre de prises de petits rorquals autorisées dans l'hémisphère sud sans augmenter le risque d'épuisement des stocks au-delà du niveau indiqué actuellement par les essais de simulation de mise en œuvre réalisés pour ces petits rorquals. »[22]

40. Quant au recours aux prélèvements létaux et à l'ampleur de ce recours dans le cadre de JARPA II, il convient de rappeler que l'article VIII de la convention autorise les Etats contractants à accorder des permis spéciaux à leurs ressortissants afin de tuer et de capturer des baleines aux fins de la recherche scientifique, cette autorisation étant subordonnée aux restrictions et à telles autres conditions que l'Etat contractant « jugera opportunes ». Depuis l'adoption du paragraphe 30 du règlement, en 1979, l'exercice de ce droit est désormais soumis à l'examen et aux commentaires du comité scientifique de la CBI et doit se conformer aux lignes directrices établies par le comité à cette fin, à savoir l'annexe P. Cette annexe, qui a été approuvée par consensus par tous les Etats parties à la convention, exige, comme indiqué ci-dessus, « une analyse des raisons pour lesquelles les méthodes non létales, les méthodes associées à toute activité de chasse à la baleine commerciale en cours ou les analyses des données passées ont été jugées insuffisantes ». Il s'ensuit que l'utilisation de méthodes létales aux fins de la recherche scientifique, ou la prise en compte insuffisante des méthodes non létales dans le cadre des programmes de recherche scientifique, doit non seulement être analysée et justifiée, mais être aussi soumise à l'examen du comité scientifique de la CBI, afin qu'il puisse faire part de ses commentaires à ce sujet.

41. Le Japon a-t-il satisfait à ces conditions et a-t-il sérieusement envisagé de recourir à des méthodes non létales dans le cadre de JARPA II ? De telles méthodes sont-elles utilisées dans le cadre de JARPA II ? Les éléments de preuve versés au dossier montrent que le plan de recherche mentionne clairement les méthodes non létales qu'il est prévu d'utiliser dans le cadre de ce programme, notamment les relevés « visuels », l'observation « écosystémique » de l'habitat des baleines, « les observations océanographiques et météorologiques..., dont la banquise, la température de surface de la mer, la hauteur de la surface de la mer et la teneur en chlorophylle sur l'ensemble de la zone de recherche, à l'aide de données satellites »[23].

[22] Voir à l'adresse suivante : http://iwc.int/jarpa.
[23] Contre-mémoire du Japon, annexe 150, p. 14-15.

42. Moreover, at the oral hearings, Counsel for Japan affirmed that "Japan has put much effort into non-lethal research methods" and that JARPA II "scientists have . . . had some success with biopsy sampling and satellite tagging of large, slow-moving whale species such as the humpback"[24]. As evidence, he referred to the cruise report of the JARPA II scientists for the year 2009-2010, which gives precise details of the non-lethal sampling conducted on blue, humpback, fin and southern right whales in that year[25]. Similar data are also available in the most recent JARPA II cruise report for the year 2012-2013[26]. This gives details of the non-lethal experiments conducted, which included "sighting distance and angle experiment", "photo-identification experiment", "biopsy sampling", "satellite tag", "vomiting and faecal observation", "marine debris observation", and "oceanographic survey"[27].

43. With regard to sample sizes, the only requirement laid down in paragraph 30 of the Schedule is that the proposal should specify "number, sex, size and stock of the animals to be taken"; while Annex P refers to the need to include a "sampling protocol for lethal aspects of the proposal". The JARPA II plan includes such a protocol in Appendices 6-8[28]. The statistical formula that is used to calculate the sample sizes is also reproduced in the Appendix to Appendix VI of the JARPA II plan. Fuller accounts of the sample size calculations and the statistical methodology used are set out in the JARPA II research plan and in its Appendices 3 to 8, which were submitted to the Scientific Committee of the IWC for comment in 2005. However, the experts presented by the Parties during the oral proceedings disagreed as to whether the sample size eventually determined by Japan for JARPA II is appropriate to the objectives of JARPA II.

44. It is understandable that different scientists could reasonably come to different conclusions about the sample sizes, in view of the computational methodology used in JARPA II, the elements of discretion involved in choosing the statistical parameters upon which sample calculations are made, and the range of variables which can lead to a range of possible sample sizes. However, I must say that I do not understand how the

[24] CR 2013/15, p. 61 (Boyle).
[25] See at: http://www.icrwhale.org/pdf/SC62O3.pdf, p. 9.
[26] See at: https://events.iwc.int/index.php/scientific/SC65a/paper/viewFile/356/331/SC-65a-O09.
[27] *Ibid.*, pp. 3-4.
[28] JARPA II Research Plan (2005). IWC SC/57/01, Apps. 6-8.

42. En outre, au cours des plaidoiries, le conseil du Japon a affirmé que «[celui-ci] a[vait] tout mis en œuvre pour employer des méthodes de recherche non létales» et que «[l]es scientifiques [de JARPA II] [avaie]nt même obtenu quelques succès avec la méthode des prélèvements biopsiques et celle du marquage par balise permettant un suivi satellitaire d'espèces de grande taille se déplaçant lentement, telles que les baleines à bosse»[24]. Il a invoqué à titre de preuve le rapport d'expédition des scientifiques de JARPA II pour l'année 2009-2010, qui décrit de manière détaillée les prélèvements non létaux effectués sur des baleines bleues, des baleines à bosse, des rorquals communs et des baleines franches australes au cours de cette saison[25]. Des données similaires figurent également dans le rapport d'expédition le plus récent correspondant à l'année 2012-2013[26]. Ce rapport fournit des détails sur les expériences non létales conduites dans ce cadre, parmi lesquelles «l'expérience de la distance et de l'angle d'observation», «l'expérience de la photo-identification», «l'échantillonnage par prélèvement biopsique», «le marquage par balise permettant un suivi satellitaire», «l'observation des matières régurgitées et des matières fécales», «l'observation des déchets marins» et «l'observation océanographique»[27].

43. Pour ce qui est de la taille des échantillons, la seule exigence formulée au paragraphe 30 du règlement est que «le nombre, le sexe, la taille et la population des animaux à capturer» soient précisés dans la proposition de permis; quant à l'annexe P, celle-ci fait référence à la nécessité d'établir «un protocole d'échantillonnage pour les aspects létaux de la proposition». Un protocole d'échantillonnage figure dans le plan de recherche de JARPA II (appendices 6-8)[28]. La formule statistique utilisée pour calculer les tailles d'échantillon est également reproduite à l'annexe de l'appendice 6 du plan de recherche. Le plan de recherche et ses appendices 3 à 8, qui ont été présentés au comité scientifique de la CBI pour examen et commentaires en 2005, contiennent des descriptions encore plus détaillées des calculs ayant permis de déterminer la taille des échantillons et des méthodes statistiques utilisées. Il convient toutefois de relever que les experts cités à l'audience par les Parties étaient divisés sur la question de savoir si les tailles d'échantillon finalement retenues par le Japon dans le cadre de JARPA II étaient adaptées aux objectifs du programme.

44. Je conçois que plusieurs scientifiques puissent raisonnablement aboutir à des conclusions différentes sur la taille des échantillons, compte tenu des méthodes de calcul utilisées dans le cadre de JARPA II, des éléments discrétionnaires entrant dans le choix des paramètres statistiques sur lesquels se fondent les calculs des échantillons, et de l'ensemble des variables pouvant conduire à un éventail de tailles d'échantillon possible. En

[24] CR 2013/15, p. 61 (Boyle).

[25] Voir à l'adresse suivante: http://www.icrwhale.org/pdf/SC62O3.pdf, p. 9.

[26] Voir à l'adresse suivante: https://events.iwc.int/index.php/scientific/SC65a/paper/viewFile/356/331/SC-65a-O09.

[27] *Ibid.*, p. 3-4.

[28] Plan de recherche de JARPA II (2005), IWC SC/57/01, appendices 6-8.

majority came to the conclusion that "the sample sizes are larger than are reasonable in relation to achieving JARPA II's stated objectives" (para. 212). It is not indicated anywhere in the Judgment what methodology or criteria should be used to arrive at "reasonable" sample sizes in light of the objectives of JARPA II or what "reasonable" sample sizes should be. Nor does the Judgment provide an indication of what sample sizes would be most appropriate to the objectives of JARPA II. Indeed, it would be difficult for a Court of law to reach such a determination, which befits scientists, not jurists.

45. The above analysis shows that the special permits issued by Japan in connection with JARPA II clearly comply with the requirements and conditions prescribed by the provisions of the ICRW and related Guidelines dealing with special permits issued for purposes of scientific research, and that JARPA II has been acknowledged by the Scientific Committee of the IWC to contribute to the understanding of Antarctic minke whale dynamics and to be useful in the assessment of certain breeding stocks of humpback whales. These are not characteristics that can be associated with a programme the design and implementation of which are not for purposes of scientific research. The Scientific Committee of the IWC has pointed out on several occasions that "only scientific and not ethical issues should be considered" when issuing scientific permits[29]. A similar consideration should apply in the assessment of the legality of the authorization granted by Japan in connection with JARPA II.

46. Nonetheless, another issue that should have been addressed in the context of the legality of JARPA II is whether the evolving regulatory framework of the Convention setting zero catch limits and establishing the Southern Ocean Sanctuary should be taken into account in interpreting Article VIII of the Convention and assessing the extent to which it might restrict the special permits issued under that provision for purposes of scientific research. It is my view that the Court should have assessed whether a programme, such as JARPA II, that continues to use lethal methods for purposes of scientific research under Article VIII, constitutes an anomaly, which may frustrate the object and purpose of the Convention in light of the conservationist approach adopted in the Convention in recent years. Such an assessment, in addition to anchoring the reasoning and conclusions of the Court on the law applicable to the dispute between the Parties, would have been of great value to the States parties to the Convention in view of the growing disconnect between Article VIII and other provisions of the Convention on commercial whaling.

47. Article V of the Convention authorizes the IWC to make such amendments to the Schedule as are necessary to carry out the objectives

[29] SC Report 2005, *J. Cetacean Res. Manage* 8 (Suppl.), 2006, p. 48.

revanche, ce que je ne conçois pas, c'est que la majorité des juges de la Cour ait conclu que «les tailles d'échantillon [étaie]nt supérieures à ce qui serait raisonnable au regard des objectifs annoncés de JARPA II» (par. 212). L'arrêt reste muet sur les méthodes ou les critères qu'il conviendrait d'appliquer pour obtenir des tailles d'échantillon «raisonnables» à la lumière des objectifs de JARPA II ou sur ce que devraient être des tailles d'échantillon «raisonnables». Rien dans l'arrêt ne nous permet de savoir ce que devraient être des tailles d'échantillon adaptées aux objectifs de JARPA II. De fait, cette démarche sied aux scientifiques, et non aux juristes, et une cour de justice serait bien en peine de se prononcer sur la question.

45. Il ressort de cette analyse que les permis spéciaux délivrés par le Japon dans le cadre de JARPA II sont clairement conformes aux exigences et conditions prescrites par les dispositions de la convention et les lignes directrices y afférentes concernant les permis spéciaux délivrés en vue de recherches scientifiques, et que le comité scientifique de la CBI a reconnu que JARPA II contribuait à une meilleure compréhension de la dynamique des petits rorquals de l'Antarctique et était utile à l'analyse de certains stocks reproducteurs de baleines à bosse. Ces caractéristiques ne sauraient être celles d'un programme dont la conception et la mise en œuvre ne poursuivent pas de finalité scientifique. Le comité scientifique de la CBI a indiqué à plusieurs reprises que «des questions purement scientifiques et non éthiques devaient être prises en considération» lors de la délivrance des permis scientifiques[29]. Ce constat devrait également s'appliquer à l'analyse de la licéité des permis accordés par le Japon dans le cadre de JARPA II.

46. Cela étant, il existe une autre question sur laquelle la Cour aurait dû se pencher lorsqu'elle a examiné la licéité de JARPA II: celle de savoir si l'évolution du cadre réglementaire de la convention fixant à zéro les limites de capture et établissant le sanctuaire de l'océan Austral devait être prise en compte dans l'interprétation de l'article VIII de la convention en ce qu'elle pouvait avoir restreint le droit de délivrer des permis spéciaux en vue de recherches scientifiques au titre de cet article. A mon sens, la Cour aurait dû rechercher si un programme tel que JARPA II, qui continue de recourir à des méthodes létales aux fins de la recherche scientifique au titre de l'article VIII, constitue une anomalie susceptible de faire échec à l'objet et au but de la convention compte tenu de l'approche favorable à la conservation désormais inscrite dans celle-ci. Une telle analyse, outre qu'elle aurait ancré le raisonnement et les conclusions de la Cour dans le droit applicable au différend entre les Parties, aurait été très précieuse pour les Etats parties à la convention eu égard à la disparité toujours plus grande entre l'article VIII et d'autres dispositions de la convention relatives à la chasse commerciale.

47. L'article V de la convention autorise la CBI à apporter des modifications aux dispositions du règlement lorsqu'elles sont nécessaires à la

[29] Rapport de 2005 du comité scientifique, *J. Cetacean Res. Manage.*, n° 8 (suppl.), 2006, p. 48.

and purposes of the Convention and to provide for the conservation, development and optimum utilization of whale resources. It also provides that such amendments shall be based on scientific research. In view of the recent amendments to the Schedule which have done away with the objective of optimum utilization of whale resources through the establishment of zero catch limits, the special permits issued under Article VIII had to be assessed in light of the overall evolution of the Convention and, in particular, of its object and purpose to ensure an integral and effective interpretation of all its provisions.

III. Is JARPA II Conducted for Purposes other than Scientific Research?

48. It is stated in the Judgment that:

> "Taken as a whole, the Court considers that JARPA II involves activities that can broadly be characterized as scientific research . . . but that the evidence does not establish that the programme's design and implementation are reasonable in relation to achieving its stated objectives. The Court concludes that the special permits granted by Japan for the killing, taking and treating of whales in connection with JARPA II are not 'for purposes of scientific research pursuant to Article VIII, paragraph 1, of the Convention'." (Para. 227.)

49. On the basis of that conclusion, it is further stated that:

> "[t]he Court therefore proceeds on the basis that whaling that falls outside Article VIII, paragraph 1, other than aboriginal subsistence whaling, is subject to the three schedule provisions invoked by Australia" (para. 230).

These three provisions are paragraph 10 *(e)* of the Schedule dealing with the obligation to respect zero catch limits for the killing for commercial purposes of whales from all stocks; paragraph 7 *(b)* of the Schedule on the prohibition on commercial whaling in the Southern Ocean Sanctuary and paragraph 10 *(d)* of the Schedule on the factory ship moratorium.

50. The activities conducted under JARPA II are, on the one hand, characterized in the Judgment as scientific research, while, on the other hand, it is concluded that the special permits granted by Japan for JARPA II are not "for purposes of scientific research". This is very unpersuasive for the following reasons.

51. First, the distinction made in the Judgment between a programme that involves "scientific research" and a programme "for purposes of scientific research" is rather artificial and unsubstantiated (para. 67), par-

réalisation des objectifs et des buts de la convention et utiles à la conservation, au développement et à l'utilisation optimale des ressources baleinières. Il prévoit également que ces modifications doivent se fonder sur la recherche scientifique. Au vu des récentes modifications apportées au règlement, qui ont fait disparaître l'objectif de l'utilisation optimale des ressources baleinières en fixant à zéro les limites de capture, les permis spéciaux délivrés au titre de l'article VIII auraient dû être examinés à la lumière de l'évolution générale de la convention, et en particulier de son objet et de son but, afin de garantir que toutes ses dispositions avaient été interprétées de manière à leur donner plein effet.

III. JARPA II POURSUIT-IL DES FINS AUTRES QUE LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE?

48. Selon le texte de l'arrêt,

> «La Cour estime que si JARPA II, pris dans son ensemble, comporte des activités susceptibles d'être globalement qualifiées de recherches scientifiques ..., les éléments de preuve dont elle dispose ne permettent pas d'établir que la conception et la mise en œuvre de ce programme sont raisonnables au regard de ses objectifs annoncés. La Cour conclut que les permis spéciaux au titre desquels le Japon autorise la mise à mort, la capture et le traitement de baleines dans le cadre de JARPA II ne sont pas délivrés «en vue de recherches scientifiques» au sens du paragraphe 1 de l'article VIII de la convention.» (Par. 227.)

49. Sur la base de cette conclusion, il est également dit dans l'arrêt que

> «[l]a Cour partira donc du principe que, dès lors qu'elle n'entre pas dans les prévisions du paragraphe 1 de l'article VIII, la chasse à la baleine — hormis la chasse aborigène de subsistance — tombe sous le coup des trois dispositions du règlement invoquées par l'Australie» (par. 230).

Les trois dispositions en question sont le paragraphe 10 *e)* relatif à l'obligation de respecter le moratoire fixant à zéro le nombre de baleines pouvant être mises à mort, toutes espèces confondues, à des fins commerciales; le paragraphe 7 *b)* relatif à l'interdiction de la chasse commerciale dans le sanctuaire de l'océan Austral; et le paragraphe 10 *d)* relatif au moratoire sur les usines flottantes.

50. Dans son arrêt, la Cour qualifie les activités menées dans le cadre de JARPA II de recherches scientifiques tout en parvenant à la conclusion que les permis spéciaux délivrés par le Japon dans ce cadre ne le sont pas «en vue de recherches scientifiques». Ce raisonnement est fort peu convaincant, et ce, pour plusieurs raisons.

51. Premièrement, la distinction faite par la Cour entre un programme qui «comporte des recherches scientifiques» et un programme mené «en vue de recherches scientifiques» est pour le moins artificielle

ticularly in view of the fact that the term "scientific research" is not defined in the Judgment. It is like saying: "I know how to identify the activities undertaken for the purpose of the 'term X', but I do not know how to define the term itself". It also gives the impression that serendipity was at work here and that JARPA II, though not designed for purposes of scientific research, accidently stumbled into scientific research activities.

52. Secondly, to the extent that it is not clearly proved that a programme which involves scientific research activities has as its preponderant purpose commercial whaling, and consequently the scientific activities are incidental to the commercial whaling, as provided in Article VIII, paragraph 4, of the Convention, such a programme cannot be deemed not to be for purposes of scientific research.

53. Thirdly, the Court's conclusion that JARPA II is not for purposes of scientific research is also unpersuasive in light of the indisputable evidence on the recognition by the Scientific Committee of the IWC of the generation by JARPA II of data which is useful to the work of the Scientific Committee, on the use by JARPA II of non-lethal methods which are uncharacteristic of commercial whaling, on the presence of scientists on vessels, and on the continuing review and commentary on JARPA II by the Scientific Committee. In its 2012 Report, the Committee specifically recommended the use of data arising, *inter alia*, from both JARPA and JARPA II for catch-at-age based analyses[30]. In the subsequent Report, reference is made to non-lethal sampling of humpback whales occurring within the JARPA/JARPA II programmes as useful in the assessment of certain breeding stocks of humpback whales[31]. Similar references were made in this Report to JARPA and JARPA II photographic data concerning blue whales[32], and to blubber thickness data arising from lethal sampling in JARPA and JARPA II[33].

54. Fourthly, there is no clear evidence to show that the special permits issued by Japan for JARPA II were not for purposes of scientific research.

[30] *J. Cetacean Res. Manage* 14 (Suppl.), 2013, p. 29:

> "Section 10.1.4 Continue development of the catch-at-age models: Population dynamics modelling provides a way to explore possible changes in abundance and carrying capacity within Areas IIIE-VW, where appropriate data are available. The inputs are catch, length, age and sex data from the commercial harvests and both JARPA programmes, as well as abundance estimates from IDCR/SOWER."

[31] IWC Scientific Committee Report 2013, https://archive.iwc.int/pages/view.php?ref=2128, para. 10.2.1.1.

[32] *Ibid.*, para. 10.3.1.4.

[33] *Ibid.*

et dénuée de fondement (par. 67), d'autant que la Cour ne définit pas la notion de «recherches scientifiques» dans son arrêt. Cela revient à dire: «Je sais comment définir les activités entreprises dans le but de réaliser «X», mais je ne sais pas comment définir «X».» Cela donne également l'impression qu'un heureux hasard est à l'œuvre ici et que JARPA II, bien qu'il n'ait pas été conçu aux fins de la recherche scientifique, a donné lieu à des activités de recherche scientifique de manière tout à fait fortuite.

52. Deuxièmement, tant qu'il n'est pas clairement prouvé qu'un programme comportant des activités de recherche scientifique n'a pas pour but essentiel la chasse commerciale, ces activités étant menées à titre accessoire, selon le paragraphe 4 de l'article VIII de la convention, un tel programme ne saurait être considéré comme dépourvu de finalité scientifique.

53. Troisièmement, plusieurs éléments de preuve irréfutables rendent peu convaincante la conclusion de la Cour selon laquelle JARPA II n'est pas mené en vue de recherches scientifiques: le fait que le comité scientifique de la CBI ait reconnu que JARPA II générait des données utiles à ses travaux, que JARPA II emploie des méthodes non létales, lesquelles ne sauraient caractériser la chasse commerciale, que des scientifiques soient présents à bord des navires et, enfin, que le comité scientifique continue de procéder à l'examen de JARPA II et de faire part de ses commentaires à ce sujet. Dans le rapport qu'il a publié en 2012, le comité a expressément recommandé que l'analyse des prises par âge effectuée dans le cadre de ses travaux le soit à partir des données issues, entre autres, de JARPA et de JARPA II[30]. Dans le rapport qu'il a publié l'année suivante, il a fait référence à l'échantillonnage non létal des baleines à bosse dans le cadre de ces deux programmes, le jugeant utile à l'évaluation de certains stocks reproducteurs de cette espèce[31]. Ce rapport renvoyait également aux données photographiques de JARPA et de JARPA II concernant les baleines bleues[32], et aux données sur l'épaisseur de la couche de graisse obtenues à partir des prélèvements létaux effectués dans le cadre de ces deux programmes[33].

54. Quatrièmement, aucun élément de preuve ne démontre clairement que les permis spéciaux délivrés par le Japon dans le cadre de JARPA II

[30] *J. Cetacean Res. Manage.*, nº 14 (suppl.), 2013, p. 29:

> «Section 10.1.4 Développement continu des modèles de prises par âge: la modélisation de la dynamique des populations est un moyen d'étudier l'éventuelle évolution de l'abondance et de la capacité de charge dans les zones IIIE-VW, lorsqu'il existe des données appropriées. Les données utilisées sont le nombre de prises et la longueur, l'âge et le sexe des spécimens capturés dans le cadre de campagnes commerciales et des deux programmes JARPA, ainsi que les estimations d'abondance issues du programme IDCR/SOWER.»

[31] Rapport de 2013 du comité scientifique de la CBI, https://archive.iwc.int/pages/view.php?ref=2128, par. 10.2.1.1.

[32] *Ibid.*, par. 10.3.1.4.

[33] *Ibid.*

unless the bad faith of Japan is presumed. As correctly stated in the *Lac Lanoux* case: "there is a general and well-established principle of law according to which bad faith is not presumed"[34]. In any case, it is not the function of the Court to investigate the motives lying behind Japan's conduct in granting special permits to JARPA II, as long as those permits are in compliance with Japan's obligations. It appears, however, that both the review and the conclusions of the Judgment entail a finding of bad faith which is not explicitly expressed, since JARPA II is considered to be in violation of the commercial whaling provisions of the ICRW.

55. Fifthly, there is also no evidence to support the claim that the programme is being carried out for commercial purposes. The term "for purposes of scientific research" does not, under Article VIII of the ICRW, mean that such killing and taking of whales has to be exclusively for purposes of scientific research. Article VIII (2) explicitly requires that whales killed under the special permits should be processed and dealt with as directed by the Government concerned including for commercial purposes. Thus, Article VIII provides for a subsidiary or incidental purpose which may have a commercial character. Of course, the preponderant purpose must be scientific research, but the sale of whale meat in accordance with Article VIII does not deprive a special permit programme of its quality as a programme conducted for purposes of scientific research.

56. Turning finally to the conclusion in the Judgment that the authorization granted to JARPA II is in breach of three provisions of the Schedule (i.e., paras. 7 *(b)*, 10 *(d)* and 10 *(e)*), there is, in my view, no legal basis to such a finding unless it could be clearly shown that JARPA II is commercial whaling in disguise, or that its activities are preponderantly of a commercial nature. In order to affirm that a breach of the commercial whaling moratorium or the prohibition of whaling in the Southern Ocean Sanctuary has occurred, it would be necessary to demonstrate that JARPA II is a programme for the purposes of commercial whaling.

57. The word "commercial" in paragraphs 10 *(d)* and 10 *(e)* was not defined at the time of adoption of the amendments of the Schedule, nor afterwards. There is no doubt, however, that it refers to whaling for commercial purposes. The Judgment does not characterize JARPA II as commercial whaling, but the conclusion that the programme is in breach of the moratorium on commercial whaling (para. 10 *(e)*) and the prohibition on commercial whaling in the Southern Ocean Sanctuary (para. 10 *(d)*) implies that it is conducted for commercial purposes.

---

[34] *Lac Lanoux* Case, 16 November 1957, at XII *Reports of International Arbitral Awards (RIAA)* 305: "[I]l est un principe général de droit bien établi selon lequel la mauvaise foi ne se présume pas."

ne l'ont pas été à des fins de recherche scientifique, à moins de présumer la mauvaise foi du Japon. Comme cela a été dit, à juste titre, dans l'affaire du *Lac Lanoux*: «[I]l est un principe général de droit bien établi selon lequel la mauvaise foi ne se présume pas.»[34] En tout état de cause, il n'appartient pas à la Cour d'analyser les motifs auxquels obéit le Japon lorsqu'il délivre des permis spéciaux dans le cadre de JARPA II aussi longtemps que ces permis sont conformes à ses obligations. Il semble, toutefois, que l'analyse et les conclusions de l'arrêt portent à présumer la mauvaise foi du Japon, sans que cela soit dit expressément, puisque la Cour considère que JARPA II viole les dispositions de la convention relatives à la chasse à la baleine à des fins commerciales.

55. Cinquièmement, aucun élément de preuve ne vient étayer l'allégation selon laquelle le programme serait mené à des fins commerciales. Aux termes de l'article VIII de la convention, l'expression «en vue de recherches scientifiques» ne signifie pas que la mise à mort et la capture des baleines doivent servir un but exclusivement scientifique. Le paragraphe 2 de l'article VIII prévoit expressément que les baleines mises à mort en vertu d'un permis spécial doivent être traitées conformément aux directives formulées — y compris en matière de chasse commerciale —par le gouvernement ayant délivré ledit permis. Par conséquent, l'article VIII prévoit un but subsidiaire ou accessoire, qui peut revêtir un caractère commercial. Il va de soi que le but principal doit être la recherche scientifique, mais la vente de la chair de baleine conformément à l'article VIII ne prive pas un programme mené au titre d'un permis spécial de son caractère scientifique: un tel programme peut être mené en vue de recherches scientifiques.

56. Quant à la conclusion de l'arrêt selon laquelle l'autorisation accordée au profit de JARPA II est contraire à trois dispositions du règlement (à savoir par. 7 *b)*, 10 *d)* et 10 *e)*), il n'existe à mon sens aucun fondement juridique à l'appui d'une telle conclusion, sauf à démontrer sans la moindre ambiguïté que JARPA II est un programme de chasse commerciale déguisé ou que les activités menées dans ce cadre sont pour l'essentiel de nature commerciale. Pour pouvoir affirmer qu'il y a eu violation du moratoire sur la chasse commerciale ou de l'interdiction de la chasse à la baleine dans le sanctuaire de l'océan Austral, il faut pouvoir démontrer que JARPA II est un programme de chasse commerciale.

57. L'adjectif «commerciale» aux paragraphes 10 *d)* et 10 *e)* n'a pas été défini au moment de l'adoption des modifications du règlement; il ne l'a pas été davantage par la suite. Il ne fait néanmoins aucun doute qu'il s'agit de chasse à la baleine à des fins commerciales. Dans son arrêt, la Cour ne qualifie pas JARPA II de programme de chasse commerciale, mais la conclusion selon laquelle ce dernier viole le moratoire sur la chasse commerciale (par. 10 *e)*) et l'interdiction de la chasse à la baleine dans le sanctuaire de l'océan Austral (par. 10 *d)*) sous-entend qu'il s'agit d'un programme mené à des fins commerciales.

[34] Affaire du *Lac Lanoux*, 16 novembre 1957, *Recueil des sentences arbitrales (RSA)*, vol. XII, p. 305: «[I]l est un principe général de droit bien établi selon lequel la mauvaise foi ne se présume pas.»

58. How can such a conclusion be reconciled with the use of non-lethal methods in the JARPA II programme or with the recognition by the Scientific Committee of the IWC of the usefulness of the data obtained with these methods as described in paragraph 53 above? How does one account for the evidence of the many scientific outputs produced exclusively with the use of data arising from the non-lethal methods employed in JARPA II? This evidence indicates that 100 scientific outputs were produced between 1988 and 2013 exclusively with the data arising from non-lethal methods in JARPA and JARPA II[35]. It is doubtful that such a scientific output could be produced by a programme of commercial whaling.

59. It is stated in paragraph 230 of the Judgment that: "the Court sees no reason to evaluate the evidence in support of the Parties' competing contentions about whether or not JARPA II has attributes of commercial whaling". This statement is, however, contradicted by the distinction made in the Judgment between activities involving scientific research and a programme for purposes of scientific research. Such a distinction could make sense only if it was proved that JARPA II was a commercial whaling programme with incidental collection and analysis of biological data as provided in Article VIII, paragraph 4, of the ICRW. The statement is equally contradicted by the conclusion that JARPA II is in violation of the moratorium on commercial whaling (para. 10 *(d)* of the Schedule).

IV. Conclusion

60. The evidence before the Court does not support the conclusion that the special permits for JARPA II have been issued for a purpose other than scientific research. Nor does it establish that such special permits do not comply with the requirements and conditions prescribed by the provisions of Article VIII of the ICRW, paragraph 30 of the Schedule and related Guidelines dealing with scientific research programmes. The real issue is whether the evolving regulatory framework of the Convention in setting zero catch limits and establishing the Southern Ocean Sanctuary should be taken into account in interpreting Article VIII of the Convention and the legality of the special permits granted by Japan under that provision for purposes of scientific research, and the extent to which Article VIII and the use of lethal methods for purposes of scientific research might have been restricted by the fact that the optimum utiliza-

[35] See at: http://www.icrwhale.org/pdf/ScientificContributionJARPA.pdf, p. 3.

58. Comment cette conclusion pourrait-elle être compatible avec le recours à des méthodes non létales dans le cadre de JARPA II ou avec le fait que le comité scientifique de la CBI ait reconnu l'utilité des données obtenues par ces méthodes, comme indiqué au paragraphe 53 ci-dessus? Que dire des éléments attestant les nombreuses contributions scientifiques apportées exclusivement par les données obtenues grâce aux méthodes non létales utilisées dans le cadre de JARPA II? Ces éléments montrent que cent contributions scientifiques ont été recensées entre 1988 et 2013, lesquelles n'ont pu être réalisées que grâce aux données issues des méthodes non létales employées dans le cadre de JARPA et de JARPA II[35]. Il paraît particulièrement douteux que de telles contributions scientifiques puissent être apportées par un programme de chasse commerciale.

59. Il est dit au paragraphe 230 de l'arrêt que «la Cour ne voit aucun motif d'examiner les éléments de preuve apportés par les Parties à l'appui de leurs thèses contradictoires sur le point de savoir si la chasse pratiquée dans le cadre de JARPA II est, à certains égards, de nature commerciale». Cette affirmation est cependant contredite par la distinction opérée dans l'arrêt entre les activités comportant des recherches scientifiques et un programme mené en vue de recherches scientifiques. Une telle distinction n'aurait de sens que s'il pouvait être prouvé que JARPA II est un programme de chasse à la baleine à des fins commerciales prévoyant accessoirement la collecte et l'analyse de données biologiques, tel que prévu au paragraphe 4 de l'article VIII de la convention. Cette affirmation est également contredite par la conclusion selon laquelle JARPA II viole le moratoire sur la chasse commerciale (règlement, par. 10 *d)*).

IV. Conclusion

60. Les éléments de preuve produits devant la Cour ne viennent pas étayer la conclusion selon laquelle les permis spéciaux délivrés dans le cadre de JARPA II servaient un but autre que la recherche scientifique. Ils n'établissent pas davantage que ces permis spéciaux ne sont pas conformes aux exigences et conditions prescrites par les dispositions de l'article VIII de la convention, du paragraphe 30 du règlement et des lignes directrices applicables en matière de programmes de recherche scientifique. La vraie question est celle de savoir si l'évolution du cadre réglementaire institué par la convention, qui a conduit à fixer à zéro les limites de capture et à créer un sanctuaire dans l'océan Austral, doit être prise en compte dans l'analyse de l'article VIII de la convention et de la licéité des permis spéciaux délivrés par le Japon au titre dudit article aux fins de la recherche scientifique, et dans quelle mesure l'application de l'article VIII et le

[35] Voir à l'adresse suivante: http://www.icrwhale.org/pdf/ScientificContribution JARPA.pdf, p. 3.

tion of whale resources has been set aside as one of the central objectives of the Convention.

61. It is a pity that instead of such a legal assessment, the Court has engaged in an evaluation of the design and implementation of the programme and their reasonableness in relation to its objectives, a task that normally falls within the competence of the Scientific Committee of the IWC, which is scheduled to undertake an overall review of the JARPA II programme in 2014. As a matter of fact, when the Scientific Committee took the view in the past that a permit proposal submitted by a State did not meet its criteria, it specifically recommended that the permits sought should not be issued. This has not been the case with regard to JARPA II, but it shows at least that the Committee's practice is adequate to the task of evaluating the design and implementation of scientific research programmes under the ICRW and accordingly advising the IWC on that matter.

(Signed) Abdulqawi A. YUSUF.

recours aux méthodes létales en vue de recherches scientifiques font l'objet de restrictions depuis que l'utilisation optimale des ressources baleinières ne compte plus parmi les objectifs essentiels de la convention.

61. Il est tout à fait regrettable que la Cour, au lieu de se livrer à cette analyse juridique, ait entrepris d'évaluer la conception et la mise en œuvre du programme, ainsi que leur caractère raisonnable au regard des objectifs du programme, tâche qui relève normalement de la compétence du comité scientifique de la CBI. Il est prévu que ce dernier procède à une évaluation globale de JARPA II en 2014. Par le passé, lorsqu'il a estimé qu'une proposition de permis soumise par un Etat ne satisfaisait pas aux critères requis, le comité a expressément recommandé de ne pas délivrer le permis en question. Or, il ne l'a pas fait pour JARPA II. Cela montre à tout le moins que la pratique du comité est adaptée à la tâche qui lui a été assignée, celle d'évaluer la conception et la mise en œuvre des programmes de recherche scientifique au titre de la convention, et de faire part de ses commentaires à ce sujet à la CBI.

(Signé) Abdulqawi A. YUSUF.

SEPARATE OPINION OF JUDGE GREENWOOD

Issue before the Court confined to whether JARPA II compatible with the International Convention for the Regulation of Whaling — Interpretation of the Convention — Object and purpose of the Convention — Resolutions of the International Whaling Commission — Relevance for interpretation of the Convention — Subsequent practice of the parties to the Convention — Withdrawal of Japan's objection to the commercial moratorium — Obligations under Article VIII of the Convention — Relationship between Article VIII of the Convention and paragraphs 7 (b), *10* (d) *and 10* (e) *of the Schedule — Relationship between JARPA and JARPA — JARPA II not within the exception in Article VIII, paragraph 1, of the Convention — Japan therefore in breach of its obligations under paragraphs 7* (b), *10* (d) *and 10* (e) *of the Schedule — Whether Japan has acted in bad faith — Whether Japan has breached paragraph 30 of the Schedule — The Court's decision not to order a second round of written argument.*

1. JARPA II, like Japan's other whaling programmes, has long been the subject of controversy. To many of its critics, whaling is intrinsically wrong and incompatible with contemporary ethical and environmental principles. For such critics, the adoption of the moratorium on commercial whaling by the International Whaling Commission ("the Commission") in 1986 was a vindication of those principles. Seen in that light, it is to be regarded less as a moratorium, in the true sense of the word, than as a comprehensive and indefinite ban on all forms of whaling. Defenders of Japan's whaling programmes, by contrast, point to the long-standing cultural traditions of whaling in Japan and the economic dependence of certain Japanese communities upon the continuation of whaling. These are large and important questions which arouse strong emotions but they are not the questions the Court is called upon to decide (see Judgment, para. 69). The issue before the Court is a narrower one, namely whether or not JARPA II is compatible with Japan's international legal obligations under the International Convention for the Regulation of Whaling ("ICRW") and it is that issue alone which the Court has determined in the present Judgment.

Different Approaches to the Interpretation of the International Convention for the Regulation of Whaling

2. The broader debate to which I have alluded is, however, reflected in a marked difference between the Parties regarding the approach which

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE GREENWOOD

[Traduction]

Question soumise à la Cour limitée au point de savoir si JARPA II est compatible avec la convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine — Interprétation de la convention — Objet et but de la convention — Résolutions de la commission baleinière internationale — Pertinence aux fins de l'interprétation de la convention — Pratique ultérieure des parties à la convention — Retrait, par le Japon, de son objection au moratoire sur la chasse commerciale — Obligations imposées par l'article VIII de la convention — Rapport entre l'article VIII de la convention et les paragraphes 7 b), 10 d) et 10 e) du règlement — Rapport entre JARPA et JARPA II — Non-applicabilité à JARPA II de la dérogation prévue au paragraphe 1 de l'article VIII de la convention — Violation, en conséquence, des obligations incombant au Japon en vertu des paragraphes 7 b), 10 d) et 10 e) — Question de savoir si le Japon a agi de mauvaise foi — Question de savoir si le Japon a violé le paragraphe 30 du règlement — Décision de la Cour de ne pas ordonner la tenue d'un second tour de procédure écrite.

1. A l'instar des autres programmes de chasse à la baleine mis en œuvre par le Japon, JARPA II est depuis longtemps l'objet de controverses. Pour nombre de ses détracteurs, la chasse à la baleine est une pratique répréhensible en soi et contraire aux principes contemporains en matière d'éthique et de protection de l'environnement, dont l'adoption d'un moratoire sur la chasse commerciale en 1986 par la commission baleinière internationale (dénommée ci-après «la commission») est venue confirmer la validité. Dans cette optique, ce dernier doit être compris moins comme un moratoire au vrai sens du terme que comme une interdiction globale, et de durée indéfinie, de toute forme de chasse à la baleine. Les défenseurs de ces programmes de chasse, quant à eux, mettent en avant l'ancrage de cette pratique dans la tradition culturelle du Japon et le caractère critique que sa perpétuation revêt, sur un plan économique, pour certaines communautés de ce pays. Or, pour considérable que soit leur portée, ces questions, au sujet desquelles les esprits sont prompts à s'enflammer, ne sont pas celles que la Cour était appelée à trancher (voir arrêt, par. 69). Celle soumise à la Cour était plus circonscrite, puisqu'il s'agissait de savoir si JARPA II était compatible avec les obligations juridiques internationales que la convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine (ci-après dénommée «la convention») impose au Japon, et c'est cette question, et elle seule, que la Cour a tranchée dans le présent arrêt.

INTERPRÉTATION DE LA CONVENTION INTERNATIONALE POUR LA RÉGLEMENTATION DE LA CHASSE À LA BALEINE : DEUX LOGIQUES DIFFÉRENTES

2. Signe, toutefois, de ce débat plus général auquel je viens de faire allusion, les Parties abordent l'interprétation de la convention sous deux

should be taken to the interpretation of the Convention. For Australia, the Convention is — or, at least, has become — an agreement about the conservation of whales. Australia relies upon the references to conservation in the Preamble of the Convention and the approach taken in a series of resolutions adopted by the Commission which, Australia considers, show that "the legal regime for the regulation of whaling has evolved from a system primarily designed to manage the exploitation of a natural resource to an increasingly conservation-oriented regime" (Memorial of Australia, para. 2.125). On that basis, Australia argues that the ban on whaling introduced when the moratorium was adopted in 1986 is to be regarded as the general rule to which Article VIII of the Convention provides a very limited exception justifying whaling for purposes of scientific research, an exception which must be restrictively construed.

3. By contrast, Japan focuses on the final paragraph of the Preamble, which records the decision "to conclude a convention to provide for the proper conservation of whale stocks and thus make possible the orderly development of the whaling industry", from which Japan deduces that conservation was not intended to be an end in itself but only a means for securing the orderly development of the whaling industry. Japan emphatically rejects Australia's evolutionary argument, maintaining that the resolutions of the Commission on which Australia relies were frequently adopted by very narrow majorities and against the opposition of Japan. In that context, Japan suggests that the Commission has, in effect, been hijacked by those who are fundamentally opposed to all whaling. For Japan the adoption of the moratorium in 1986 was the product of that fundamentalism, rather than scientific assessment. When the Commission amended the Schedule to the Convention to incorporate the moratorium, Japan exercised its right under Article V, paragraph 3, of the Convention to object to that amendment, thus rendering it inapplicable to Japan, and withdrew its objection only because of pressure from the United States. Against that background, Japan argues for a broader interpretation of Article VIII of the Convention.

4. I do not find either of these approaches wholly persuasive. Australia's approach is difficult to reconcile with the language of the Preamble and, in particular, the passage quoted in the preceding paragraph. The language of the Convention and its *travaux préparatoires* make clear that an important objective of the Convention was to ensure a future for the whaling industry by making sustainable whaling possible. On the other hand, Japan's argument that the Convention treats conservation as wholly subordinate to the development of whaling is also untenable. The Preamble shows that both conservation and ensuring a future for sustainable whaling were considered to be purposes of the Convention.

angles radicalement différents. Pour l'Australie, la convention est — ou du moins est devenue — un accord relatif à la conservation des baleines. L'Australie déduit des références à la conservation qui figurent au préambule de la convention, ainsi que de l'approche qui sous-tend une série de résolutions adoptées par la commission, que «le régime juridique international de la réglementation de la chasse à la baleine est passé d'un système principalement conçu pour gérer l'exploitation d'une ressource naturelle à un régime de plus en plus axé sur la conservation de cette ressource» (mémoire de l'Australie, par. 2.125). Elle soutient que l'interdiction de chasser la baleine introduite au moment de l'adoption du moratoire en 1986 doit être considérée comme une règle générale à laquelle l'article VIII de la convention prévoit une exception très limitée — légitimant la chasse à des fins de recherche scientifique —, laquelle doit être interprétée dans un sens restrictif.

3. Le Japon, quant à lui, met en exergue le dernier alinéa du préambule, consignant la décision «de conclure une convention destinée à assurer la conservation appropriée des stocks de baleines et ... ainsi donner à l'industrie baleinière la possibilité de se développer d'une manière méthodique», dont il déduit que la conservation était conçue non comme une fin en soi, mais uniquement comme un moyen d'assurer le développement méthodique de l'industrie baleinière. Le Japon rejette catégoriquement l'argument de l'Australie mettant en avant une évolution du régime, en faisant valoir que les résolutions de la commission sur lesquelles l'Australie a fait fond dans ce contexte ont fréquemment été adoptées à une très faible majorité, et sans son propre accord. Plus généralement, il estime que la commission a, de fait, été détournée de son but initial par les opposants à toute forme de chasse à la baleine, et que l'adoption d'un moratoire en 1986 est le fruit non pas d'une évaluation scientifique, mais d'une approche fondamentaliste. Le Japon explique avoir, lorsque la commission a modifié le règlement annexé à la convention pour y intégrer le moratoire, exercé le droit que lui reconnaissait le paragraphe 3 de l'article V de la convention de faire objection, la modification lui devenant dès lors inopposable, et n'avoir retiré cette objection qu'à la suite de pressions exercées par les Etats-Unis. Dans ce contexte, il plaide en faveur d'une interprétation plus souple de l'article VIII de la convention.

4. Aucune de ces interprétations ne me convainc entièrement. Celle de l'Australie cadre mal avec le libellé du préambule et, en particulier, avec le passage qui en a été cité au paragraphe précédent. Le texte de la convention, comme ses travaux préparatoires, montre clairement que l'un des objectifs essentiels des auteurs de la convention était de ménager l'avenir de l'industrie baleinière en assurant la pérennité de la chasse. Mais l'argument du Japon selon lequel, aux termes de la convention, la conservation serait entièrement subordonnée au développement de l'industrie baleinière n'est pas plus défendable. Il ressort du préambule que les buts de la convention recouvraient à la fois la conservation et la volonté de ménager l'avenir d'une chasse qui ne mettrait pas en péril le renouvellement des stocks.

5. That balance between the two goals is not, in my opinion, altered by the resolutions of the Commission, at least not in the way, or to the extent, suggested by Australia. In this context, it is important to recall that the Convention makes provision for two very different types of resolutions. Article V, paragraph 1, provides that the Commission may adopt regulations which amend the Schedule. Since the Schedule is an integral part of the Convention (in accordance with Article I, paragraph 1, of the Convention), such regulations are, in effect, amendments to the Convention itself, although the Commission does not have the power to remove Article VIII or to negate the effects of that provision. Regulations require a three-fourths majority (Art. III, para. 2) and are binding on every State party to the Convention, unless that State raises and maintains an objection in accordance with the procedure laid down in Article V, paragraph 3. It has been the use made by the Commission of this power to adopt regulations that has been the main force in making the Convention "an evolving instrument" (Judgment, para. 45). The second type of resolution is one adopted under Article VI, by which the Commission may "make recommendations to any or all Contracting Governments on any matters which relate to whales or whaling and to the objectives and purposes of this Convention". The adoption of a recommendation requires only a simple majority. There is no dispute about the legal effect of regulations. The question is whether recommendations from the Commission assist in the interpretation of the Convention.

6. Where a treaty creates a body such as the International Whaling Commission in which all the member States are represented, resolutions adopted by that body form part of the subsequent practice of the parties to the treaty. As such, they are capable of constituting an aid to the interpretation of the treaty, in accordance with the principle set out in Article 31 (3) *(b)* of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties. However, subsequent practice is valuable as an aid to the interpretation of a treaty only to the extent that it establishes the agreement of the parties. Australia referred to 40 resolutions of the Commission. Of those, ten were adopted by consensus (the last one in 1994) and should therefore be considered as establishing the agreement of the parties to the Convention. Of the remaining 30 resolutions cited by Australia, all were adopted by majority vote. In many cases, the vote was very close. For example, resolution 2003-3, on southern hemisphere minke whales and special permit whaling, was adopted by 24 votes to 20 with 1 abstention. Resolution 2005-1 criticizing JARPA II was adopted by 30 votes to 27 with one abstention. Even where the majorities were larger, the record frequently shows substantial dissent. For example, the resolution by which the Commission endorsed the Berlin Initiative of 2003 (resolution 2003-1), a resolution emphasized by counsel for Australia (see, e.g., CR 2013/8, p. 21,

5. Que ces deux objectifs se soient trouvés sur un pied d'égalité n'est pas, selon moi, remis en cause par les résolutions de la commission, du moins pas de la manière, ou dans la mesure, qu'avance l'Australie. A cet égard, il importe de rappeler que la convention prévoit deux types de résolution très différents. Le paragraphe 1 de l'article V dispose que la commission peut adopter des réglementations portant modification du règlement annexé à la convention. Celui-ci faisant partie intégrante de la convention (conformément au paragraphe 1 de l'article premier de celle-ci), de telles réglementations correspondent, de fait, à des modifications de la convention elle-même, quoique la commission ne soit pas habilitée à supprimer l'article VIII ou à en remettre en cause les effets. Les réglementations sont adoptées à la majorité des trois quarts (art. III, par. 2) et lient les Etats parties à la convention, à moins que, faisant usage de la procédure prévue au paragraphe 3 de l'article V, ils n'y aient formulé et maintenu une objection. C'est avant tout l'exercice par la commission de cette faculté d'adopter des réglementations qui a fait de la convention un «instrument en constante évolution» (arrêt, par. 45). Le second type de résolution regroupe les résolutions adoptées en vertu de l'article VI, en vertu desquelles la commission peut «formuler ..., à l'intention de l'un quelconque ou de tous les gouvernements contractants, des recommandations à propos de questions ayant trait soit aux baleines et à la chasse à la baleine, soit aux objectifs et aux buts de la ... convention», ces recommandations étant adoptées à la majorité simple. S'il n'existe aucune divergence quant à l'effet juridique des réglementations, la question se pose de savoir si les recommandations de la commission peuvent être utilisées aux fins de l'interprétation de la convention.

6. Lorsqu'un traité institue un organe tel que la commission baleinière internationale, au sein duquel sont représentés tous les Etats membres, les résolutions adoptées par cet organe font partie de la pratique suivie par les parties postérieurement à leur adhésion au traité et peuvent, en tant que telles, en éclairer l'interprétation, conformément au principe énoncé à l'alinéa *b)* du paragraphe 3 de l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités de 1969. Toutefois, la pratique ultérieure n'est utile que dans la mesure où elle établit l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité. L'Australie a mis en avant quarante résolutions de la commission. Or, si dix d'entre elles ont été adoptées par consensus (la dernière en date l'ayant été en 1994), et doivent dès lors être réputées établir l'accord des parties à la convention, les trente résolutions restantes ont toutes été adoptées à la majorité et, bien souvent, à une très courte majorité. Ainsi, la résolution 2003-3 sur la chasse au petit rorqual de l'hémisphère sud et la chasse à la baleine au titre d'un permis spécial a été adoptée par 24 voix contre 20, et 1 abstention. La résolution 2005-1, critique à l'égard de JARPA II, l'a été par 30 voix contre 27, et 1 abstention. Même lorsqu'elles ont été adoptées à une plus large majorité, on constate bien souvent de profondes dissensions. Ainsi, la résolution par laquelle la commission a endossé l'initiative de Berlin de 2003 (résolution 2003-1), et

para. 27), was adopted by only 25 votes to 20. In almost every one of these cases Japan was one of the dissenters. Far from establishing the agreement of the parties to the Convention, these resolutions demonstrate the absence of any agreement and cannot, therefore, be relied on to sustain an interpretation of the Convention which can bind Japan.

7. Moreover, any assessment of the potential relevance of recommendations as an aid to the interpretation of the Convention must take into account the relationship between recommendations, which (as their name suggests) are not mandatory, and regulations, which are legally binding. As explained in paragraph 5, above, the exercise of that power is subject to important safeguards in that it requires a three-fourths majority of those States voting and is subject to the objection procedure, which enables a State to opt out in whole or in part from the application of the new provision. It would be entirely at odds with that carefully constructed power to treat recommendations, adopted by simple majority and without any procedure for objection, as capable of producing effects similar to those of regulations. Since the power to amend the Schedule gives the Commission scope for adapting the Convention to changing circumstances, the need to interpret and apply the treaty as a "living instrument" has already been accommodated. There is thus less of a case for treating recommendations as having significant effects on the basis of an evolutionary interpretation of the provisions of the Convention. Moreover, it is evident that the Commission has frequently been divided over major issues and that changes which some member States would like to bring about have not commanded the degree of support necessary for the adoption of an amendment to the Schedule. To permit such changes to be introduced through the back door by means of recommendations would destroy the balance of the Convention.

8. Finally, whatever criticisms Japan may have of the commercial moratorium, the fact remains that it withdrew its objection to that moratorium and has been legally bound by it for more than 25 years. It is not now open to Japan to come to the Court and seek to defend a broad interpretation of the principal exception to that moratorium by casting doubt upon the manner in which the moratorium was adopted. Whether there was a sound scientific basis for the adoption of the moratorium in 1986 and whether Japan was pressured into withdrawing its objection to the moratorium cannot influence the decision of the Court on whether the killing of whales as part of JARPA II is, or is not, "for purposes of scientific research" within Article VIII of the Convention. In my opinion, the Court was quite right to hold that this question has to be answered by examination of the terms of Article VIII without any predisposition towards a restrictive or an expansive interpretation of that provision (Judgment, para. 55).

dont a fait grand cas le conseil de l'Australie (voir, par exemple, le CR 2013/8, p. 21, par. 27), n'a été adoptée que par 25 voix contre 20. Par ailleurs, le Japon se trouvait presque systématiquement dans le camp de l'opposition. Loin d'établir l'accord des parties à la convention, les résolutions en établissent plutôt l'absence et ne peuvent dès lors être invoquées à l'appui d'une interprétation de la convention qui lierait le Japon.

7. En outre, toute évaluation de la pertinence que pourraient revêtir les recommandations aux fins d'interpréter la convention doit tenir compte du rapport entre ce type de recommandations, qui (comme leur nom l'indique) ne sont pas obligatoires, et les réglementations, qui, elles, le sont. Ainsi qu'il est expliqué au paragraphe 5 ci-dessus, l'exercice du pouvoir d'adopter de telles réglementations est soumis à d'importantes restrictions, en ce qu'il requiert une majorité des trois quarts des Etats votants et qu'il peut être fait usage d'une procédure d'objection, qui permet à un Etat d'échapper en tout ou en partie à l'application de la réglementation adoptée. Ce serait ne faire aucun cas de ces importantes précautions que de traiter les recommandations, adoptées à la majorité simple et non assorties d'une procédure d'objection, comme capables de produire des effets analogues à ceux des réglementations. De ce que la commission a la faculté, en modifiant le règlement, de faire évoluer la convention au gré des circonstances, l'on peut en outre déduire que la nécessité d'interpréter et d'appliquer le traité en tant qu'«instrument vivant» a déjà été prise en compte. Aussi y a-t-il moins lieu de prêter aux recommandations des effets importants sur la base d'une interprétation évolutive des dispositions de la convention. Au surplus, il est évident que la commission a fréquemment été divisée sur certaines grandes questions, et que les changements que certains Etats membres ont souhaité introduire n'ont pas obtenu le degré de soutien nécessaire à l'adoption de modifications du règlement. Ménager la possibilité de réintroduire, sous la forme de recommandations, des modifications qui n'ont pu être adoptées par la voie formellement prévue à cet effet reviendrait à détruire l'équilibre sur lequel repose la convention.

8. Enfin, quelque critique qu'il puisse être envers le moratoire sur la chasse commerciale, le fait est que le Japon a retiré son objection à son égard et que cette mesure lui est opposable depuis plus de vingt-cinq ans. Il ne lui est pas loisible de chercher à défendre aujourd'hui devant la Cour une interprétation large de la principale dérogation à ce moratoire en jetant le doute sur les modalités de son adoption. Que celui-ci ait ou non été fondé sur de solides bases scientifiques en 1986, ou que le Japon ait pu retirer son objection sous la pression, ne saurait influer sur la décision de la Cour, qui est appelée à déterminer si les baleines tuées dans le cadre de JARPA II l'ont été «en vue de recherches scientifiques» au sens de l'article VIII de la convention. Selon moi, la Cour a eu tout à fait raison de considérer qu'il lui fallait répondre à cette question à la lumière des termes de l'article VIII, sans pencher *a priori* en faveur d'une interprétation restrictive, ou au contraire d'une interprétation large, de cette disposition (arrêt, par. 55).

THE STRUCTURE OF THE CONVENTION AND THE OBLIGATIONS OF JAPAN

9. While the interpretation of Article VIII is at the heart of the present case, it is not that provision which imposes the obligations Japan is accused of having violated. Both the text of Article VIII and the structure of the Convention make that clear. Article VIII provides that:

> "Notwithstanding anything contained in this Convention any Contracting Government may grant to any of its nationals a special permit authorizing that national to kill, take and treat whales for purposes of scientific research subject to such restrictions as to number and subject to such other conditions as the Contracting Government thinks fit, and the killing, taking, and treating of whales in accordance with the provisions of this Article shall be exempt from the operation of this Convention. Each Contracting Government shall report at once to the Commission all such authorizations which it has granted. Each Contracting Government may at any time revoke any such special permit which it has granted.
>
> Any whales taken under these special permits shall so far as practicable be processed and the proceeds shall be dealt with in accordance with directions issued by the Government by which the permit was granted.
>
> Each Contracting Government shall transmit to such body as may be designated by the Commission, in so far as practicable, and at intervals of not more than one year, scientific information available to that Government with respect to whales and whaling, including the results of research conducted pursuant to paragraph 1 of this Article and to Article IV.
>
> Recognizing that continuous collection and analysis of biological data in connection with the operations of factory ships and land stations are indispensable to sound and constructive management of the whale fisheries, the Contracting Governments will take all practicable measures to obtain such data." (ICRW, paras. 1-4.)

10. That provision imposes a number of obligations. Some are purely ancillary in character, in that they come into existence only as a consequence of a State's decision to issue a special permit. Thus, the penultimate sentence of Article VIII, paragraph 1, requires that any State issuing a special permit must report that fact to the Commission. Article VIII, paragraph 2, lays down an important obligation to ensure that, so far as practicable, whales taken under special permit shall be processed (presumably so that their meat is not wasted). On the other hand, Article VIII, paragraph 3, imposes an obligation upon all Contracting Governments to

STRUCTURE DE LA CONVENTION ET OBLIGATIONS DU JAPON

9. L'article VIII, si son interprétation est au cœur de la présente affaire, n'est pas la disposition imposant les obligations que le Japon est accusé d'avoir violées — tel est ce qui ressort tant du libellé de cet article que de l'économie générale de la convention. L'article en question se lit comme suit:

> «Nonobstant toute disposition contraire de la présente convention, chaque gouvernement contractant pourra accorder à l'un quelconque de ses ressortissants un permis spécial autorisant l'intéressé à tuer, capturer et traiter des baleines en vue de recherches scientifiques et subordonnant cette autorisation aux restrictions en ce qui concerne le nombre et à telles autres conditions que le gouvernement contractant jugera opportunes; les baleines pourront être tuées, capturées ou traitées conformément aux prévisions du présent article sans qu'il y ait lieu de se conformer aux dispositions de la présente convention. Chaque gouvernement contractant devra porter immédiatement à la connaissance de la commission toutes les autorisations de cette nature qu'il aura accordées. Un gouvernement contractant pourra révoquer à tout moment un permis spécial par lui accordé.
>
> Dans toute la mesure du possible, les baleines capturées en vertu de ces permis spéciaux devront être traitées conformément aux directives formulées par le gouvernement qui aura délivré le permis, lesquelles s'appliqueront également à l'utilisation des produits obtenus.
>
> Dans toute la mesure du possible, chaque gouvernement contractant devra transmettre à l'organisme que la commission pourra désigner à cet effet, à des intervalles d'un an au maximum, les renseignements de caractère scientifique dont il disposera sur les baleines et la chasse à la baleine, y compris les résultats des recherches effectuées en application du paragraphe 1 du présent article et de l'article IV.
>
> Reconnaissant qu'il est indispensable, pour assurer une gestion saine et profitable de l'industrie baleinière, de rassembler et d'analyser constamment les renseignements biologiques recueillis à l'occasion des opérations des usines flottantes et des stations terrestres, les gouvernements contractants prendront toutes les mesures en leur pouvoir pour se procurer ces renseignements.» (Convention, par. 1-4.)

10. Cette disposition impose un certain nombre d'obligations. Certaines sont purement subsidiaires, en tant qu'elles n'entrent en jeu qu'en conséquence de la décision d'un Etat de délivrer un permis spécial. Ainsi, l'avant-dernière phrase du paragraphe 1 de l'article VIII fait obligation à tout Etat délivrant un permis spécial de le faire savoir à la commission. Le paragraphe 2 énonce l'importante obligation de veiller à ce que, dans la mesure du possible, les baleines capturées en vertu de permis spéciaux soient traitées (sans doute pour éviter d'en gaspiller la chair). Le paragraphe 3, en revanche, impose à tous les Etats contractants l'obligation de

communicate to a body designated by the Commission (which has designated the Scientific Committee for these purposes) scientific information regarding whales and whaling available to that Government irrespective of whether that information has been obtained pursuant to Article VIII, paragraph 1. Similarly, Article VIII, paragraph 4, imposes a general obligation to take practicable measures to collect data.

11. Important as these obligations are, none is in issue in the present case. Australia has not suggested that Japan has failed to comply with any of the obligations described in the preceding paragraph. These proceedings are about the provision in the first sentence of Article VIII, paragraph 1. That provision does not expressly impose an obligation; rather, it grants to a Contracting Government a power to authorize the killing, taking and treating of whales for the purposes of scientific research and provides that if any whale is killed, taken or treated in accordance with that provision, that action will "be exempt from the operation of this Convention". In other words, the first sentence of Article VIII, paragraph 1, is a shield, not a sword. So long as any killing, taking or treatment of whales is in accordance with the requirements of Article VIII, there will be no breach of any other provision of the Convention (including any provision of the Schedule). On the other hand, if a Contracting Government purports to exercise the power granted by Article VIII, paragraph 1, but in fact exceeds the scope of that power, then that exemption will not apply and the lawfulness of any killing, taking or treating of whales will have to be measured against the other provisions of the Convention. Of course, there is an implicit obligation upon a State which exercises the power to grant special permits to act in good faith but for the reasons given below (see para. 29), I do not accept that Japan has violated that obligation.

12. Australia's principal case is rather that, because JARPA II does not meet the requirements of Article VIII, paragraph 1, the killing, taking and treating of whales under JARPA II contravenes other provisions of the Convention, specifically paragraphs 7 *(b)*, 10 *(d)* and 10 *(e)* of the Schedule. Those paragraphs were added to the Schedule over the years by the International Whaling Commission in the exercise of its powers under Article V of the Convention. It is those three paragraphs (together with paragraph 30, the claim in respect of which has a somewhat different character) which constitute Australia's cause of action in the present proceedings. It is, therefore, necessary to examine each of those paragraphs in turn.

13. Paragraph 7 *(b)* of the Schedule prohibits commercial whaling in the area designated as "the Southern Ocean Sanctuary" (see Judgment, para. 233). The prohibition applies to all species of whale but Japan is not bound by it with regard to minke whales, since Japan exercised its right to lodge an objection to this amendment of the Schedule in so far as it applied to minke whales. That objection has not been withdrawn. Since Japan has not, in fact, taken any humpback whales during JARPA II, the

communiquer à un organe désigné par la commission (qui a choisi à cet effet le comité scientifique) les renseignements de nature scientifique dont il disposera sur les baleines et la chasse à la baleine, qu'ils aient ou non été obtenus en application du paragraphe 1 de l'article VIII. De même, le paragraphe 4 impose une obligation générale de prendre les mesures possibles pour recueillir des renseignements.

11. Pour importantes que soient ces obligations, aucune d'elles n'est en cause en la présente affaire. L'Australie n'a pas prétendu que le Japon aurait manqué de se conformer à l'une quelconque des obligations susmentionnées. La présente instance concerne la clause énoncée dans la première phrase du paragraphe 1 de l'article VIII. Celle-ci n'impose pas expressément d'obligation, mais accorde à un gouvernement contractant le pouvoir d'autoriser la mise à mort, la capture et le traitement de baleines en vue de recherches scientifiques, en précisant que les baleines tuées, capturées ou traitées conformément à ses prévisions pourront l'être «sans qu'il y ait lieu de se conformer aux dispositions de la ... convention». En d'autres termes, la première phrase du paragraphe 1 de l'article VIII est un bouclier, et non pas une épée. Tant que les baleines sont tuées, capturées ou traitées conformément aux prescriptions de l'article VIII, il ne saurait être question de violation d'une quelconque autre disposition de la convention (ou du règlement). En revanche, si un gouvernement contractant qui prétend exercer le pouvoir que lui accorde le paragraphe 1 de l'article VIII en fait en réalité un usage abusif, la dérogation ne s'appliquera pas et il conviendra d'apprécier si les baleines mises à mort, capturées ou traitées l'ont été de manière licite à la lumière des autres dispositions de la convention. Il est certes implicitement fait obligation à l'Etat qui exerce son pouvoir de délivrer des permis spéciaux de se comporter de bonne foi, mais, pour les raisons que j'exposerai plus bas (voir par. 29), je ne considère pas que le Japon ait violé cette obligation.

12. Le principal argument de l'Australie consiste plutôt à affirmer que, parce que JARPA II ne satisfait pas aux prescriptions du paragraphe 1 de l'article VIII, les baleines tuées, capturées ou traitées sous le couvert de ce programme le sont en violation d'autres dispositions de la convention et, plus particulièrement, des paragraphes 7 *b)*, 10 *d)* et 10 *e)* du règlement, que la commission baleinière internationale a ajoutés à ce dernier au fil des ans en application des pouvoirs que lui confère l'article V de la convention. Ce sont ces trois paragraphes (conjugués au paragraphe 30, qui fait l'objet d'une demande de nature quelque peu différente) qui sont à l'origine de la demande de l'Australie en la présente instance. Aussi est-il nécessaire de les examiner à tour de rôle.

13. Le paragraphe 7 *b)* du règlement interdit la chasse commerciale dans la zone dénommée «sanctuaire de l'océan Austral» (voir arrêt, par. 233). Cette interdiction vaut pour toutes les espèces de baleines, mais ne lie pas le défendeur en ce qui concerne les petits rorquals, le Japon ayant, dans le cas de ces derniers, exercé son droit d'objecter à cette modification du règlement et n'ayant jamais retiré son objection. Le Japon n'ayant de fait prélevé aucune baleine à bosse dans le cadre de JARPA II,

only question which arises under paragraph 7 *(b)* is whether the killing, taking and treating of fin whales under JARPA II is contrary to Japan's obligations under this paragraph.

14. Paragraph 10 *(d)* of the Schedule prohibits "the taking, killing or treating of whales, except minke whales, by factory ships or whale catchers attached to factory ships" (see Judgment, para. 232). Since minke whales are expressly excluded from the application of this provision and it applies only to actual taking, killing or treating, the only question is whether the taking, killing or treating of fin whales under JARPA II is contrary to Japan's obligations under paragraph 10 *(d)*.

15. Paragraph 10 *(e)* of the Schedule is more far-reaching. This provision creates what is known as "the moratorium on commercial whaling" (see Judgment, para. 231). The relevant part of the paragraph provides that "catch limits . . . for commercial purposes of whales from all stocks for the 1986 coastal and the 1985-1986 pelagic seasons and thereafter shall be zero". The obligation which this provision imposes applies to all three species of whales that are the subject of JARPA II. It is thus the only provision of the Schedule which is applicable to the killing of minke whales, the species which constitutes the overwhelming majority of whales killed in the course of JARPA II. In addition, it is not confined to the actual killing, taking and treating of whales but applies to the setting of a catch limit above zero. It is therefore capable of applying to Japan's act of setting a catch limit of 50 for humpback whales under the permits granted in each year of JARPA II, notwithstanding that no humpback whales have in fact been taken.

16. All three of these paragraphs impose obligations upon Japan. If JARPA II complies with the requirements of Article VIII, paragraph 1, then the killing, taking and treating of whales (and, by implication, the setting of a catch limit above zero) under JARPA II is exempt from the provisions of these three paragraphs and Japan cannot be in breach of the obligations which they impose. On the other hand, if JARPA II does not meet those requirements, then Article VIII, paragraph 1, provides Japan with no exemption and it becomes necessary to consider whether Japan has violated its obligations under any or all of the three paragraphs.

17. There is no room for doubt regarding paragraph 10 *(d)*. That prohibits any taking, killing or treating of fin whales by factory ships or vessels attached to factory ships. The principal vessel employed in JARPA II, the *Nisshin Maru*, is plainly a factory ship. Accordingly, the taking of fin whales by the *Nisshin Maru*, or the vessels attached to her, will entail a violation of Japan's obligations under this paragraph unless Japan is exempted from that obligation by the operation of Article VIII, paragraph 1.

la seule question qui se pose au regard de l'alinéa *b)* du paragraphe 7 est celle de savoir si les rorquals communs tués, capturés et traités dans le cadre de ce programme l'ont été en violation des obligations que lui impose ce paragraphe.

14. Le paragraphe 10 *d)* du règlement interdit «la capture, ... l'abattage et [le] traitement des baleines, à l'exception des petits rorquals, pratiqués par des usines flottantes ou des navires baleiniers rattachés à des usines flottantes» (voir arrêt, par. 232). Les petits rorquals étant expressément exclus du champ d'application de cette disposition, qui ne concerne en outre que la capture, l'abattage et le traitement, la seule question qui se pose est celle de savoir si les rorquals communs capturés, tués ou traités dans le cadre de JARPA II l'ont été en violation des obligations que le paragraphe 10 *d)* impose au Japon.

15. Le paragraphe 10 *e)* est de portée plus vaste. Il établit ce qu'on appelle le «moratoire sur la chasse commerciale» (voir arrêt, par. 231), la disposition pertinente prévoyant que «le nombre maximal de captures de baleines à des fins commerciales dans toutes les populations pendant la saison côtière 1986 et les saisons pélagiques 1985-1986 et suivantes est fixé à zéro». L'obligation créée par cette disposition s'applique aux trois espèces de baleines visées par JARPA II. Il s'agit ainsi de la seule disposition du règlement applicable à la mise à mort de petits rorquals, qui représentent la majorité écrasante des baleines tuées dans le cadre de JARPA II. En outre, elle ne se limite pas à la mise à mort, à la capture et au traitement effectifs des baleines, mais s'applique à la fixation d'une limite de capture non nulle. Elle peut donc s'appliquer à la décision du Japon de fixer à 50 le nombre maximal de baleines à bosse capturées au titre des permis qu'elle délivre chaque année dans le cadre de JARPA II, même si aucun spécimen de cette espèce n'a effectivement été prélevé.

16. Ces trois paragraphes imposent tous des obligations au Japon. Si JARPA II est conforme aux exigences du paragraphe 1 de l'article VIII, la mise à mort, la capture et le traitement de baleines (et, par voie de conséquence, les limites de capture supérieures à zéro) prévus au titre de JARPA II échapperont à l'application des dispositions de ces trois paragraphes, et le Japon ne pourra dès lors manquer aux obligations qu'imposent ces derniers. Si, en revanche, JARPA II ne satisfait pas à ces prescriptions, le Japon ne pourra se prévaloir de la dérogation prévue au paragraphe 1 de l'article VIII, et la question se posera de savoir s'il a violé les obligations qu'il tire de l'un ou de l'ensemble de ces trois paragraphes.

17. En ce qui concerne le paragraphe 10 *d)*, le doute n'est pas permis. Cette disposition interdit la capture, l'abattage et le traitement des rorquals communs pratiqués par des usines flottantes ou des navires baleiniers rattachés à de telles usines. Or, le principal navire utilisé dans le cadre de JARPA II, le *Nisshin Maru*, est incontestablement une usine flottante. En conséquence, les rorquals communs capturés par le *Nisshin Maru*, ou les navires qui lui sont rattachés, le sont en violation des obligations que ce paragraphe impose au Japon, à moins que celui-ci n'en soit exonéré par l'effet du paragraphe 1 de l'article VIII.

18. The position as regards paragraphs 7 *(b)* and 10 *(e)* requires closer examination. Japan's obligation under paragraph 7 *(b)* is to refrain from "commercial whaling" of fin whales in the Southern Ocean Sanctuary. The obligation under paragraph 10 *(e)* is to refrain from setting catch limits above zero for the killing "for commercial purposes" of any of the three species of whale. Australia contends that the Convention recognizes only three types of whaling: subsistence whaling (under paragraph 13 of the Schedule), whaling for scientific purposes (under Article VIII of the Convention) and commercial whaling. Since Japan has never suggested that whaling carried out under JARPA II is subsistence whaling, Australia maintains that if JARPA II whaling does not fall within the provisions of Article VIII, then it must be classified as commercial whaling. Japan did not disagree with this analysis during the proceedings. Indeed, counsel for Japan commented that "[t]he [Commission] recognizes three categories of whaling: commercial, aboriginal subsistence, and special permit whaling" (CR 2013/12, p. 44, para. 14). Japan has not attempted to suggest that even if its whaling under JARPA II fell outside the exemption granted by Article VIII, paragraph 1, it might nevertheless avoid violating the prohibitions in paragraphs 7 *(b)* and 10 *(e)* on the basis that it was not to be regarded as commercial whaling.

19. The position taken by the Parties in the present proceedings is in accordance with what appears to be the understanding of other States parties to the Convention and of the Commission itself. Thus, when the adoption of the commercial moratorium was under consideration in the Commission in the mid-1980s, it seems to have been accepted by all concerned that if the moratorium was adopted, the effect would be to ban all whaling for States bound by the moratorium with the exception only of subsistence whaling and scientific whaling which complied with Article VIII. The intention behind paragraph 10 *(e)* was a comprehensive ban on whaling, subject only to the two exceptions just mentioned. Moreover, since the adoption of the moratorium, there appears to have been no suggestion by any State that the scope of paragraph 10 *(e)* was more limited.

20. An examination of what actually takes place in the course of JARPA II also supports the conclusion that, if whaling under JARPA II does not fall within the provisions of Article VIII and thus benefit from the exemption granted by paragraph 1 of that Article, then it must be regarded as whaling for commercial purposes and, therefore, thus as contrary to paragraph 10 *(e)*. The meat from whales taken under JARPA II is sold, so far as practicable and so far as there is a market for it, to customers in Japan. The sale of whale meat is a commercial activity and if whales are taken with a view to their meat being sold, then one of the purposes of that whaling is a commercial purpose. So long as JARPA II

18. La situation en ce qui concerne le paragraphe 7 *b)* et le paragraphe 10 *e)* requiert une analyse plus approfondie. L'alinéa *b)* du paragraphe 7 fait obligation au Japon de ne pas se livrer à la «chasse commerciale» de rorquals communs dans le sanctuaire de l'océan Austral. Le paragraphe 10 *e)* lui fait obligation de limiter à zéro le nombre de spécimens de l'une quelconque des trois espèces visées pouvant être tués «à des fins commerciales». L'Australie soutient que la convention ne reconnaît que trois catégories de chasse à la baleine: la chasse aborigène de subsistance (au titre du paragraphe 13 du règlement), la chasse à des fins scientifiques (au titre de l'article VIII de la convention) et la chasse commerciale. Le Japon n'ayant jamais prétendu que la chasse pratiquée en vertu de JARPA II relevait de la chasse aborigène de subsistance, l'Australie estime que, dès lors que la chasse pratiquée dans le cadre de JARPA II n'entre pas dans les prévisions de l'article VIII, force est de la considérer comme commerciale. Le Japon n'a pas contesté cette analyse à l'audience, son conseil confirmant même que «[l]a [commission] reconna[issait] trois catégories de chasse à la baleine: la chasse à des fins commerciales, la chasse aborigène de subsistance et la chasse au titre d'un permis spécial» (CR 2013/12, p. 44, par. 14). Le Japon n'a pas cherché à faire valoir que, quand bien même la chasse qu'il pratique dans le cadre de JARPA II échapperait à la dérogation prévue par le paragraphe 1 de l'article VIII, elle pourrait ne pas enfreindre les interdictions prévues aux paragraphes 7 *b)* et 10 *e)* parce qu'elle ne devrait pas être considérée comme relevant de la chasse commerciale.

19. La position adoptée par les Parties en la présente espèce est conforme à ce qui semble avoir été la perception des autres Etats parties à la convention et de la commission elle-même. Ainsi, alors que l'adoption d'un moratoire commercial était à l'examen au sein de la commission au milieu des années 1980, il semble avoir été admis par l'ensemble des parties prenantes que, s'il était adopté, ce moratoire aurait pour effet d'interdire toute chasse aux Etats auxquels il serait opposable, exception faite de la chasse aborigène de subsistance et de la chasse scientifique pratiquée conformément aux dispositions de l'article VIII, et d'elles seulement. L'intention qui sous-tendait le paragraphe 10 *e)* était d'interdire complètement la chasse, sous réserve des deux seules exceptions susmentionnées. En outre, depuis l'adoption du moratoire, il apparaît qu'aucun Etat n'a considéré que la portée du paragraphe 10 *e)* serait plus limitée.

20. L'analyse des modalités d'exécution effectives de JARPA II conforte également la conclusion selon laquelle la chasse à la baleine pratiquée en vertu de ce programme, si elle n'entre pas dans les prévisions de l'article VIII, et si, partant, la dérogation prévue en son paragraphe 1 ne lui est pas applicable, doit être considérée comme pratiquée à des fins commerciales et donc comme contraire aux dispositions du paragraphe 10 *e)*. La chair des baleines capturées dans le cadre de JARPA II est vendue, dans la mesure où elle peut l'être et où elle trouve preneur, sur le marché japonais. La vente de cette chair est une activité commerciale et dès lors que les baleines sont tuées dans cette optique, l'une des finalités

whaling is in conformity with the provisions of Article VIII, paragraph 1, the existence of that commercial purpose raises no legal issue. On the contrary, paragraph 2 of Article VIII expressly permits (and indeed requires) that whales taken under special permits should be processed and the proceeds dealt with in accordance with the directions of the appropriate government. However, paragraph 2 is relevant only if whaling under JARPA II is in conformity with Article VIII, paragraph 1. If that is not the case, then that whaling falls to be assessed by reference to the provisions of paragraph 10 *(e)* (and, to the more limited extent that it is relevant, paragraph 7 *(b)*). At that point, the fact that meat from whales taken is intended for sale is sufficient to make the whaling activity one conducted for commercial purposes and thus a breach of the moratorium.

21. Demand for whale meat in Japan has been falling in recent years and significant quantities of whale meat acquired as a result of JARPA II whaling remain unsold. Yet that fact does not mean that the sale of whale meat ceases to be a commercial activity, or that the taking of whales whose meat is to be sold is not commercial whaling. An activity does not lose its commercial character simply because the commerce is unprofitable any more than, in the field of sovereign immunity, an activity has to be characterized as sovereign rather than commercial because the State engaging in it is making a loss.

22. That the supply of whale meat from JARPA II for Japanese consumers remains an important part of Japan's thinking regarding JARPA II is demonstrated by a statement made by the Director of the Japan Fisheries Agency, Mr. Kazuyoshi Honkawa, in the Japanese Diet in October 2012. That statement was made after the written pleadings in the present proceedings had closed, so it must be assumed that all concerned would have been aware of the significance of what he was saying. The statement is sufficiently important that it deserves to be quoted at some length.

> "Before the earthquake, Japan's scientific whaling programme supplied approximately 3,700 or 3,800 tonnes of whale meat. 2,000 tonnes of that was from the Southern Ocean. Most of that was minke whale. Minke whale meat is prized because it is said to have a very good flavour and aroma when eaten as sashimi and the like.
>
> Another 1,700 tonnes came from the North West Pacific Ocean in 2010, 120 tonnes of which was from coastal scientific whaling. So, just over 1,500 tonnes was from whales taken by the ICR [the Institute for Cetacean Research]. Most of this was from sei whales and Bryde's whales.

de cette chasse sera une finalité commerciale. Tant que la chasse pratiquée dans le cadre de JARPA II l'est conformément aux dispositions du paragraphe 1 de l'article VIII, l'existence de cette finalité commerciale ne soulève aucune question de droit. Au contraire, le paragraphe 2 de ce même article permet expressément (et même impose) que les baleines capturées en vertu de permis spéciaux soient traitées conformément aux directives du gouvernement en question, lesquelles s'appliquent également à l'utilisation des produits obtenus. Cependant, le paragraphe 2 n'entre en jeu que si les baleines chassées au titre de JARPA II l'ont été conformément aux dispositions du paragraphe 1 de l'article VIII. Dans le cas contraire, la chasse ainsi pratiquée devra être appréciée eu égard aux dispositions du paragraphe 10 *e)* (et, dans la moindre mesure où il trouve à s'appliquer, à celles du paragraphe 7 *b)*). Dans de telles circonstances, le fait que la viande des baleines capturées soit destinée à être vendue suffit à ce que cette activité de chasse soit considérée comme menée à des fins commerciales et, partant, comme enfreignant le moratoire.

21. La demande de chair de baleine n'a cessé de reculer au Japon au cours des dernières années, et d'importantes quantités de viande provenant de la chasse pratiquée dans le cadre de JARPA II demeurent invendues. Pour autant, la vente de chair de baleine ne cesse pas d'être une activité commerciale, ni la capture des baleines dont la viande n'est pas écoulée de relever de la chasse commerciale. Une activité ne perd pas son caractère commercial pour la simple raison que le commerce en question n'est pas suffisamment lucratif non plus que, dans le domaine de l'immunité souveraine, une activité doit être qualifiée non pas de commerciale mais de souveraine dès lors que l'Etat qui s'y livre le fait à perte.

22. L'offre au consommateur japonais de viande de baleine continue d'être l'une des motivations essentielles de la position adoptée au Japon en ce qui concerne JARPA II, comme en témoigne la déclaration faite par le directeur général de l'agence japonaise des pêcheries, M. Kazuyoshi Honkawa, devant la Diète japonaise, en octobre 2012. Cette déclaration étant postérieure à la clôture de la procédure écrite en la présente affaire, il est à supposer que tous les intéressés avaient conscience de l'importance de son contenu. Elle est suffisamment pertinente pour mériter d'être citée assez exhaustivement.

> «Avant le tremblement de terre, le programme de chasse scientifique du Japon permettait d'obtenir de 3700 à 3800 tonnes de viande de baleine environ, dont 2000 en provenance de l'océan Austral. Pour l'essentiel, il s'agissait de chair de petit rorqual. Cette chair est appréciée pour sa saveur et son arôme, notamment lorsqu'elle est consommée en sashimi et sous d'autres formes similaires.
>
> Par ailleurs, 1700 tonnes provenaient, en 2010, du Pacifique nord-ouest, dont 120 de la chasse côtière pratiquée à des fins scientifiques. Un peu plus de 1500 tonnes de cette chair provenaient donc de baleines prélevées par l'institut de recherche sur les cétacés — pour l'essentiel, des rorquals boréaux et des rorquals tropicaux.

> In addition, 470 tonnes was from whales caught by small-type coastal whalers in 2010. These were Baird's beaked whales, which are whales that are very similar to dolphins. Meat from Baird's beaked whales is processed into a dried meat something like jerky. When you went to Ayukawa recently, the whalers from Ayukawa were engaged in taking Baird's beaked whales, and I believe it would be most unlikely that they would be handling minke whales from the Southern Ocean.
>
> Consequently, we have said that the scientific whaling programme in the Southern Ocean was necessary to achieve a stable supply of minke whale meat." (Minutes of the Meeting of the Sub-committee of the House of Representatives Committee on Audit and Oversight of Administration, 23 October 2012; translation provided by Australia.)

This statement and, in particular, the final paragraph, clearly shows that the supply of whale meat from JARPA II to Japanese consumers has not ceased. So long as JARPA II whaling falls within the exemption granted by Article VIII, paragraph 1, of the Convention, this commercial aspect of JARPA II is perfectly lawful. If, however, JARPA II is not in conformity with Article VIII, paragraph 1, then this commercial aspect shows that Japan is in breach of its obligations under paragraphs 7 *(b)* and 10 *(e)* of the Schedule.

23. The critical question before the Court is, therefore, whether JARPA II whaling is in conformity with Article VIII, paragraph 1. If the conclusion is that it is not in conformity with Article VIII, paragraph 1, however, the result is not that Japan has violated its obligations under Article VIII. The question is critical because the answer will determine whether or not Japan has violated its obligations under paragraphs 7 *(b)*, 10 *(d)* and 10 *(e)* of the Schedule.

Whether JARPA II Whaling Falls within Article VIII, Paragraph 1

24. I agree with the reasoning in the Judgment that JARPA II whaling does not meet the requirements of Article VIII, paragraph 1, of the Convention. The principal reason why Japan is unable to rely upon the exemption conferred by Article VIII, paragraph 1, is that the numbers of whales authorized to be killed under JARPA II are not objectively reasonable in the light of the objectives of JARPA II. As explained above, the effect of Article VIII, paragraph 1, is to exempt the killing, taking and treating of whales from the other provisions of the Convention. Accordingly, it cannot be sufficient to establish that a research project like JARPA II has scientific objectives. To take advantage of the exemption contained in Article VIII, paragraph 1, it is necessary that the numbers of

> En outre, 470 tonnes provenaient, en 2010, de baleines prélevées par de petits navires baleiniers côtiers — baleines à bec de Baird, très semblables aux dauphins. La viande de baleine à bec de Baird est transformée en une viande séchée qui rappelle le jerky. A Ayukawa, où vous vous êtes rendus récemment, les baleiniers chassaient des spécimens de cette espèce, et il est selon moi tout à fait improbable qu'ils se soient occupés de petits rorquals de l'océan Austral.
>
> Nous avons donc indiqué que le programme de chasse à la baleine en vue de recherches scientifiques mené dans l'océan Austral était nécessaire pour assurer la stabilité de l'offre de chair de petit rorqual. » (Gouvernement japonais, procès-verbal de la réunion de la sous-commission de la commission d'audit et de contrôle de l'administration de la chambre des représentants, 23 octobre 2012; traduction française effectuée à partir d'une traduction anglaise fournie par l'Australie.)

Cette déclaration, et en particulier son dernier paragraphe, montre clairement que l'offre de chair de baleine obtenue dans le cadre de JARPA II et destinée au consommateur japonais n'a pas cessé. Tant que la chasse pratiquée au titre de ce programme relève de la dérogation prévue par le paragraphe 1 de l'article VIII de la convention, cet aspect commercial de JARPA II est parfaitement licite. Toutefois, si JARPA II n'est pas conforme aux dispositions du paragraphe 1 de l'article VIII, il s'ensuit que le Japon manque de la sorte aux obligations que lui imposent les paragraphes 7 *b)* et 10 *e)* du règlement.

23. La question essentielle qui se pose à la Cour est donc de savoir si la chasse pratiquée dans le cadre de JARPA II satisfait aux prescriptions du paragraphe 1 de l'article VIII. Dans la négative, le Japon n'aura pas pour autant violé les obligations qu'il tient de cet article. La question n'en est pas moins essentielle pour autant, car la réponse qui y sera apportée déterminera si le Japon a violé les obligations que lui imposent les paragraphes 7 *b)*, 10 *d)* et 10 *e)* du règlement.

La chasse à la baleine pratiquée dans le cadre de JARPA II relève-t-elle du paragraphe 1 de l'article VIII

24. Je souscris au raisonnement développé dans l'arrêt, selon lequel la chasse à la baleine pratiquée dans le cadre de JARPA II ne remplit pas les conditions requises pour que le Japon puisse se prévaloir de la dérogation prévue au paragraphe 1 de l'article VIII, et ce, essentiellement parce que le nombre de baleines dont la mise à mort est autorisée dans le cadre de ce programme n'est pas objectivement raisonnable au regard des objectifs fixés pour celui-ci. Ainsi qu'expliqué plus haut, l'effet du paragraphe 1 de l'article VIII est de soustraire à l'application des dispositions de la convention la mise à mort, la capture et le traitement des baleines, et il ne saurait donc suffire, afin que le Japon puisse bénéficier de la dérogation prévue au paragraphe 1 de l'article VIII, d'établir qu'un projet de recherche tel

whales to be killed are sufficiently related to the achievement of those objectives. That is where, in my opinion, Japan's case breaks down.

25. To see why, it is important to consider the relationship between JARPA II and the earlier JARPA programme. JARPA II shares certain objectives with JARPA and Japan has insisted upon the need for continuity between the two programmes. Thus, Japan has sought to explain its decision to embark upon the feasibility study for JARPA II before it received the results of the Scientific Committee's review of JARPA by maintaining that the need for continuity in the provision of data justified such a step. In addition, in designing JARPA II, Japan relied heavily upon work done in the course of JARPA. An important example is that, when it was asked by a Member of the Court what assessment it had made of the potential for using non-lethal methods in JARPA II, Japan referred only to a study carried out some years earlier in the course of JARPA; there was no suggestion that a fresh assessment had been carried out in respect of JARPA II. Yet JARPA II involved a dramatic increase in the number of whales to be killed. Under JARPA only minke whales were to be killed and the sample size for that species was initially set at 300, with numbers rising to 400 in the latter years of the programme. By contrast, the sample size for minke whales under JARPA II was set at more than double that for JARPA (850 whales with the possibility of going to a maximum of 935 a year). JARPA II also envisaged an annual take of 50 fin whales and 50 humpback whales. While Japan acceded to a request from the then Chair of the Commission not to kill any humpback whales and has not taken any during the lifetime of JARPA II, the permits issued each year under JARPA II continue to provide for the taking of up to 50 humpback whales. Japan maintains that this substantial increase in killing is justified by the more extensive research goals of JARPA II.

26. The objectives of JARPA II are set out at paragraphs 113-118 of the Judgment. A key difference from JARPA lies in the second objective, which is described as "modelling competition among whale species and future management objectives" (see Judgment, par. 115). That clearly requires research into more than one species of whale and was the principal reason for adding a sample size for fin whales and humpback whales. Yet, from the outset Japan has taken no humpback whales and the number of fin whales taken has been very small, falling far short of the sample size provided in JARPA II. It is noticeable that the independent expert called by Japan, Professor Walløe, stated, in answer to a question from a Member of the Court, that the fin whale sample size was unjustifiable and would not have yielded any useful data. Japan did not attempt to refute his answer. Japan is certainly not to be criticized for not having killed more fin whales and it deserves more credit than it has perhaps received for its decision to accede to the request from the Chair of the Commission

que JARPA II poursuit des objectifs scientifiques — pour ce faire, il doit exister un lien suffisant entre le nombre de baleines devant être tuées et la réalisation de tels objectifs. Or c'est sur ce point qu'achoppe, selon moi, l'argumentation du Japon.

25. Pour le comprendre, il importe d'analyser la relation entre JARPA II et son prédécesseur, le programme JARPA. Certains objectifs leur sont communs, et le Japon a insisté sur le besoin d'assurer une continuité de l'un à l'autre. Il a ainsi tenté de justifier par la nécessité de ne pas interrompre la collecte de données sa décision d'entreprendre l'étude de faisabilité de JARPA II avant d'avoir reçu les résultats de l'examen de JARPA mené par le comité scientifique. En outre, lorsqu'il a conçu JARPA II, le Japon s'est beaucoup appuyé sur les travaux réalisés dans le cadre de JARPA. A titre d'exemple, rappelons que, lorsqu'un membre de la Cour s'est enquis de savoir comment il avait évalué les possibilités de recourir à des méthodes non létales dans le cadre de JARPA II, le Japon n'a fait référence qu'à une étude menée quelques années plus tôt dans le cadre de JARPA, et rien ne permet de penser qu'il aurait procédé à une nouvelle évaluation dans le cadre de JARPA II. Or ce dernier prévoyait une augmentation considérable des volumes de prises. Dans le cadre de JARPA, les petits rorquals étaient la seule espèce ciblée, à raison, au départ, de 300, puis de 400 individus par an. Dans le cadre de JARPA II, l'objectif de capture, pour cette même espèce, avait plus que doublé (il se chiffrait à 850 spécimens, et pouvait même être porté à un maximum de 935 par an), et il était en outre prévu de prélever chaque année 50 rorquals communs et 50 baleines à bosse. Accédant à la demande en ce sens de l'ancien président de la commission, le Japon n'a certes prélevé aucun spécimen de cette dernière espèce tout le temps qu'a duré JARPA II, mais les permis délivrés chaque année au titre de ce programme n'en continuent pas moins de fixer à 50 le nombre maximal de baleines à bosse pouvant être capturées. Le Japon soutient que cette nette augmentation des objectifs de capture se justifie au regard des objectifs de recherche plus généraux de JARPA II.

26. Les objectifs de JARPA II sont reproduits aux paragraphes 113 à 118 de l'arrêt. C'est essentiellement le deuxième d'entre eux, «la «modélisation de la concurrence entre les espèces de baleines et l'élaboration de nouveaux objectifs de gestion» (arrêt, par. 115), qui distingue JARPA II de son prédécesseur. La réalisation de cet objectif requiert clairement la conduite de recherches sur plusieurs espèces de baleines, et a été la principale raison avancée pour justifier l'extension des prélèvements létaux aux rorquals communs et aux baleines à bosse. Pourtant, depuis le début, le Japon n'a capturé aucune baleine à bosse et s'est contenté d'un nombre de prises de rorquals communs très réduit, bien inférieur aux objectifs de capture prévus dans le cadre de JARPA II. Relevons que l'expert indépendant cité par le Japon, le professeur Walløe, a déclaré, en réponse à une question d'un membre de la Cour, que la taille de l'échantillon de petits rorquals communs ne se justifiait pas et n'aurait pas permis de recueillir des données utiles. Le Japon n'a pas tenté de le démentir. L'on ne doit certes pas lui

not to go ahead with its plan to take humpback whales. Nevertheless, there is no sign that Japan has made any adaptation to JARPA II as a result of these changed circumstances. It still maintains the sample size of 850 minke whales a year (though it has actually taken significantly fewer). Yet that figure was initially justified on the basis that it was necessary for modelling competition. It is not possible to model competition by the study of only one species. Japan maintains that it is obtaining data in respect of other species by the use of non-lethal methods but that merely begs the question why, if such methods supply the relevant information in respect of fin and humpback whales, can such methods not be employed more extensively in respect of minke whales.

27. If one sets aside the objective of modelling competition between whale species, the dramatic increase in the number of minke whales to be taken under JARPA II from those taken under JARPA becomes extremely difficult to justify. The other research objectives of JARPA II are sufficiently close to those of JARPA that it is difficult to see how they could justify more than doubling the sample size of minke whales. Moreover, there is no evidence that Japan has engaged in any serious attempt to assess what sample size is required in light of the changed circumstances resulting from the actual implementation of JARPA II.

28. That is just one aspect of the weakness of Japan's case but it is one which I found particularly significant. For that and for the other reasons given in the Judgment, I consider that JARPA II whaling cannot be brought within the provisions of Article VIII, paragraph 1. Consequently, in my view, that whaling entails a breach by Japan of its obligations under paragraphs 7 *(b)* and 10 *(d)*, in respect of fin whales, and paragraph 10 *(e)* in respect of all three species.

29. I do not consider, however, that Japan has been shown to have acted in bad faith. In advancing its case for a finding of bad faith, Australia quoted a number of statements by serving or retired Japanese officials which, it maintained, demonstrated that Japan's true purpose in launching its programmes of scientific whaling in the Antarctic (JARPA and then JARPA II) was a desire to keep its whaling industry alive. Australia particularly highlighted three such statements (CR 2013/7, pp. 27-28). The first was a statement to the Diet by the then Director-General of the Japan Fisheries Agency in 1984 (20 years before the start of JARPA II and at a time when Japan still maintained an objection to the commercial moratorium) that

> "after the moratorium commences, the path to ensure the continuation of whaling would be, for Southern Ocean whaling, to position it

tenir rigueur de ne pas avoir tué un plus grand nombre de rorquals communs, et peut-être doit-on lui accorder davantage de crédit qu'on ne lui en a reconnu pour sa décision de faire droit à la demande du président de la commission de ne pas mettre à exécution son projet de prélever des baleines à bosse. Mais rien n'indique que le Japon ait tenté d'adapter les tailles des échantillons fixées dans le cadre de JARPA II en fonction de cette évolution. Il maintient à 850 spécimens par an pour les petits rorquals (bien que ses prises effectives aient été considérablement moindres) un objectif de capture qu'il avait initialement présenté comme nécessaire à la modélisation de la concurrence. Or, il n'est pas possible de modéliser la concurrence en étudiant une seule espèce. Le Japon affirme obtenir des données relatives aux autres espèces au moyen de méthodes non létales, mais pourquoi, si de telles méthodes permettent de recueillir les données nécessaires en ce qui concerne les rorquals communs et les baleines à bosse, ne pourraient-elles pas être employées plus largement dans le cas des petits rorquals?

27. Si l'objectif de modélisation de la concurrence entre espèces de baleines n'entre plus en jeu, l'augmentation considérable des objectifs de capture pour les petits rorquals entre JARPA et JARPA II devient très difficile à justifier. Les autres objectifs de recherche de JARPA II ressemblent tant à ceux de JARPA qu'il est difficile de voir comment ils pourraient justifier la fixation d'une taille d'échantillon représentant plus du double de celle fixée dans le cadre de la première phase du programme. En outre, rien n'indique que le Japon aurait réellement entrepris de réévaluer la taille de l'échantillon requise à la lumière des réalités nouvelles ressortant de la mise en œuvre effective de JARPA II.

28. Ce n'est là que l'une des faiblesses de l'argumentation du Japon, mais je l'ai trouvée particulièrement lourde de conséquences. Pour ce motif, comme pour les autres que la Cour a développés dans l'arrêt, je considère que la chasse à la baleine pratiquée dans le cadre de JARPA II ne peut entrer dans les prévisions du paragraphe 1 de l'article VIII, et qu'elle emporte donc violation par le Japon des obligations que lui imposent les paragraphes 7 *b)* et 10 *d)* en ce qui concerne les rorquals communs, et 10 *e)* en ce qui concerne les trois espèces.

29. Toutefois, je ne pense pas qu'il ait été démontré que le Japon aurait agi de mauvaise foi. A l'appui de son argumentation en ce sens, l'Australie a cité un certain nombre de déclarations de représentants de l'Etat japonais en fonction ou à la retraite prouvant selon elle que le véritable objectif du Japon, lorsqu'il a lancé ses programmes de recherche scientifique dans l'Antarctique (JARPA, puis JARPA II), était le maintien de l'industrie baleinière. Il a plus particulièrement insisté sur trois d'entre elles (CR 2013/7, p. 27-28). La première, faite en 1984 (soit vingt ans avant le lancement de JARPA II, alors que le Japon maintenait encore son objection au moratoire sur la chasse commerciale) devant la Diète par celui qui occupait alors la fonction de directeur général de l'agence japonaise des pêcheries, se lit comme suit:

> «une fois le moratoire instauré, la voie permettant de garantir la poursuite de la chasse à la balaine serait, dans l'océan Austral, de la

as a research whaling activity which has a scientific nature . . . the continuation of whaling ought to be planned for . . .".

The second was an extract from a memoir by a retired Director-General about how "scientific whaling was viewed as the only method available to carry on with the traditions of whaling", a statement which is even less persuasive as evidence of bad faith if, as Australia now accepts, the correct translation should have been "pass on the traditions of whaling". The third was a 2013 statement by a minister that "I don't think there will be any kind of an end for whaling by Japan". These statements, like the others cited in the Memorial (and the statement quoted at paragraph 22, above) suggest that science was not the only consideration for Japan, but that is not enough in itself to take JARPA II outside the scope of Article VIII, paragraph 1. It certainly does not suffice to make out a case of bad faith.

JAPAN'S PROCEDURAL OBLIGATIONS

30. I have voted in favour of the finding, in operative paragraph 6 of the Judgment, that Japan has not breached its obligations under paragraph 30 of the Schedule, because I consider that Australia has not made out its case that Japan failed to give the Scientific Committee the information regarding JARPA II permits required by that paragraph. Paragraph 30 requires the submission of certain information regarding proposed special permits to the Scientific Committee in sufficient time for the Committee to consider those permits and report to the Commission. Paragraph 30 gives the Committee a power of review, it does not confer upon it a power of approval (a point made clear by the late Sir Derek Bowett in his advice to the Commission regarding the proposal to insert what became paragraph 30 in the Schedule). While the JARPA II permits themselves are uninformative, the information required was nonetheless contained in the JARPA II research plan, which was shown to the Committee in good time.

31. Nevertheless, I must express my disquiet about one aspect of Japan's behaviour in this respect. Paragraph 30 of the Schedule has to be understood in the context of the broader duty of co-operation to which all Contracting Governments are subject. Japan did not contest the existence of that obligation. In my opinion, that duty means that a State is not free to adopt a formalistic approach to paragraph 30. On the contrary, the information which it gives must be such as to enable a meaningful review and the State must take account of the outcome of that review, even though it is not obliged to implement any recommendations that the Committee might make or to agree with the Committee's assessment of

présenter comme une activité axée sur la recherche scientifique ... [et] il conviendrait de planifier la poursuite de la chasse...».

La deuxième est extraite d'une étude publiée par un directeur général à la retraite: «La conduite d'opérations de chasse à la baleine à des fins scientifiques était considérée comme le seul moyen de perpétuer [les] traditions de chasse.» Il est encore plus difficile d'y voir une preuve de mauvaise foi si, comme l'admet à présent l'Australie, la traduction est inexacte et qu'il s'agissait en réalité de «transmettre» ces traditions aux générations futures. La troisième, enfin, émane d'un ministre qui, en 2013, s'est exprimé en ces termes: «Je ne pense pas que le Japon mettra un jour un terme à ses activités de chasse à la baleine.» Ces déclarations, ainsi que d'autres citées dans le mémoire (et que celles citées au paragraphe 22 ci-dessus), portent certes à conclure que la science n'était pas la seule préoccupation du Japon, mais pareil constat ne suffit pas à soustraire JARPA II à l'application du paragraphe 1 de l'article VIII. Et il est certain qu'il ne suffit pas à prouver la mauvaise foi.

Obligations procédurales du Japon

30. J'ai voté en faveur de la conclusion énoncée au point 6 du dispositif de l'arrêt, selon laquelle le Japon n'a pas manqué aux obligations qu'il tient du paragraphe 30 du Règlement, car j'estime que l'Australie n'a pas établi que le Japon n'avait pas fourni au comité scientifique les informations requises par cette disposition en ce qui concerne les permis délivrés dans le cadre de JARPA II. Le paragraphe 30 prévoit l'obligation de soumettre au comité scientifique certaines informations quant aux propositions de permis spéciaux suffisamment à l'avance pour permettre à celui-ci d'en examiner le contenu et de faire un rapport à la commission. Le paragraphe 30 confère au comité un pouvoir de contrôle, et non pas un pouvoir d'approbation (point clarifié par feu sir Derek Bowett dans son avis rédigé à l'intention de la commission sur la proposition tendant à l'insertion de ce qui devait devenir le paragraphe 30 du règlement). Si les permis délivrés eux-mêmes dans le cadre de JARPA II n'apportent guère d'éléments, les informations requises figuraient néanmoins dans le plan de recherche de JARPA II, qui a été présenté en temps voulu.

31. Je dois néanmoins exprimer une certaine préoccupation quant à l'un des aspects du comportement du Japon à cet égard. Le paragraphe 30 du règlement doit être compris dans le contexte du devoir de coopération plus large auquel tous les gouvernements contractants sont assujettis. Le Japon n'a pas contesté l'existence de cette obligation. Or, selon moi, celle-ci exclut la possibilité pour un Etat d'adopter une approche formaliste du paragraphe 30. Au contraire, les informations que cet Etat fournit doivent être de nature à permettre un examen digne de ce nom, et l'Etat doit tenir compte du résultat de cet examen, même s'il n'est pas tenu de mettre en œuvre une quelconque recommandation que le comité pourrait

the proposed permits. The Judgment demonstrates that — for whatever reason — Japan has not been able to implement the JARPA II research plan; it has abandoned the attempt to take humpback whales and its actual take of fin and minke whales has fallen far short of the sample sizes identified in the plan. Yet, the record shows that Japan has continued to submit special permits in identical terms throughout the years of JARPA II. It has not provided any information regarding whether, or how, the plan has been adapted to take account of the changed circumstances. It must, therefore, be open to question whether there has been a full compliance with the duty of co-operation.

THE DECISION NOT TO ORDER A SECOND ROUND OF WRITTEN ARGUMENT

32. Paragraph 6 of the Judgment records the fact that Japan requested, but Australia opposed, a second round of written argument in this case. The Court did not order a second round but decided instead to proceed straight to the oral phase. Since Japan made clear its disappointment with this decision and since the Judgment says almost nothing about it, I want briefly to explain why I consider the Court's decision to be justified.

33. The Rules of Court make clear that a second round of written pleadings is by no means automatic. Article 45, paragraph 2, provides that the Court *may* authorize a second round if the parties are so agreed or if the Court decides, *proprio motu*, or at the request of one of the parties, that a second round is necessary. In other words, unless the parties are agreed, the Court has a discretion to decide whether or not to order a second round if it considers that further pleadings are necessary.

34. Three considerations seem to me to be important in this regard. First, it must always be open to the Court to order a second round of written pleadings if the Court decides that this is necessary, for example because the Court considers it does not have sufficient information on a particular matter.

35. Secondly, the number of cases now being brought before the Court means that the Court has an obligation to ensure that proceedings do not become unnecessarily protracted. The Rules of Court make clear that the Applicant should set out the entirety of its case in the Memorial and the Respondent in the Counter-Memorial (Art. 49, paras. 1 and 2). A State should never hold part of its case — whether argument or evidence — in reserve for a second round.

36. Lastly, there is, in my view, a distinction between the Applicant and the Respondent when the Court comes to consider whether to accede to a request for a second round made by one party but opposed by the

formuler ou de partager l'appréciation que fait le comité des propositions de permis. L'arrêt démontre que, pour une raison ou une autre, le Japon n'a pas été à même de mettre en œuvre le plan de recherche de JARPA II; il a renoncé à ses objectifs de capture dans le cadre des baleines à bosse et n'a pris qu'un nombre de rorquals communs et de petits rorquals bien inférieur à celui des tailles d'échantillons définies dans ledit plan. Pourtant, il ressort du dossier que le Japon a continué, année après année, de soumettre les permis spéciaux formulés en des termes identiques, tout au long du déroulement de JARPA II. Il n'a fourni aucune indication sur la question de savoir si ou comment le plan aurait été ajusté pour tenir compte des changements observés. Se pose dès lors la question de savoir si le devoir de coopération a été pleinement respecté.

LA DÉCISION DE NE PAS PRESCRIRE UN SECOND TOUR DE PROCÉDURE ÉCRITE

32. Le paragraphe 6 de l'arrêt consigne le fait que le Japon a demandé l'organisation d'un second tour de procédure écrite, ce à quoi l'Australie s'est opposée. La Cour n'a pas prescrit la tenue d'un second tour, décidant au contraire de passer directement à la procédure orale. Le Japon ayant exprimé clairement sa déception face à cette décision, et l'arrêt n'en disant presque rien, je voulais en quelques mots expliquer pourquoi je trouve, quant à moi, le choix de la Cour justifié.

33. Il est clairement indiqué dans le Règlement que la tenue d'un second tour de procédure écrite n'est pas automatique. Le paragraphe 2 de l'article 45 dispose que la Cour *peut* l'autoriser si les parties sont d'accord à cet égard ou si la Cour décide, d'office ou à la demande d'une partie, qu'un second tour est nécessaire. En d'autres termes, à moins d'un accord entre les parties, la Cour a toute discrétion pour juger de l'opportunité de prescrire un second tour.

34. A cet égard, trois considérations me semblent importantes. Premièrement, la Cour doit toujours avoir la possibilité de prescrire un second tour de procédure écrite si elle le juge nécessaire, par exemple parce qu'elle estimerait ne pas posséder suffisamment d'informations sur une question précise.

35. Deuxièmement, le nombre d'affaires introduites devant la Cour est tel aujourd'hui que celle-ci se doit de veiller à ce que les procédures ne soient pas inutilement retardées. Le Règlement indique clairement que le demandeur doit exposer la totalité de son argumentation dans son mémoire et le défendeur, dans son contre-mémoire (art. 49, par. 1 et 2). Un Etat ne doit jamais garder en réserve, en vue d'un second tour, une partie de ses moyens — qu'il s'agisse d'arguments ou d'éléments de preuve.

36. Enfin, il convient selon moi de faire la distinction entre le demandeur et le défendeur, lorsque la Cour est appelée à se prononcer sur une demande d'organisation de second tour de procédure écrite formulée par

other. The first round of written pleadings closes with the Counter-Memorial. That document will usually be the first indication which the Applicant receives of the Respondent's case. It may raise matters which the Applicant has not considered, or evidence which the Applicant needs the opportunity to refute. There is, therefore, a strong case for ordering a second round of written pleadings when the Applicant so requests; not to do so may occasion serious injustice if the Applicant is denied the opportunity to respond to evidence or argument raised by the Respondent in the Counter-Memorial. By contrast, when the Respondent prepares its Counter-Memorial, it has the benefit of having seen both the Application and the Memorial. It has a duty to set out its case in response in full in the Counter-Memorial. If, having seen the Counter-Memorial, the Applicant considers that it does not need a second round of written pleading, it is difficult to see on what grounds the Respondent can claim to need such a second round. It has already had the last word and no injustice is done by denying it the opportunity to rehearse or add to its case.

37. The one consideration in favour of ordering such a second round in the present case was that Japan had raised an objection to jurisdiction (though not as a preliminary objection) and wished to have an idea of the response it could expect from Australia. I accept that in some cases the nature of the jurisdictional objection might be such that a second round of written argument became necessary but I do not think that such was the case here. Japan's objection was based upon the interpretation of Australia's declaration under Article 36 (2) of the Statute. Consideration of that objection required no documents or other evidence beyond what had been submitted by Japan and what was already freely and publicly available and Japan, represented by very experienced counsel, can have been in little doubt what form Australia's response would take.

38. Accordingly, I think the Court was right to refuse the request for a second round of written argument.

(Signed) Christopher GREENWOOD.

l'une des parties, mais contestée par l'autre. Le premier tour de procédure écrite se clôt par le dépôt du contre-mémoire. C'est généralement dans ce document que le demandeur prend pour la première fois connaissance des moyens que lui opposera le défendeur. Le contre-mémoire peut contenir des éléments que le demandeur n'avait pas analysés, ou des moyens de preuve qu'il doit avoir le loisir de réfuter. Aussi y a-t-il *a priori* lieu de prescrire un second tour de procédure écrite, si celui-ci est sollicité par le demandeur; s'y refuser pourrait être à l'origine d'une grave injustice si le demandeur devait être privé de la possibilité de réagir à des moyens de fait ou de droit soulevés par le défendeur dans son contre-mémoire. Le défendeur, en revanche, lorsqu'il établit son contre-mémoire, a l'avantage d'avoir déjà pris connaissance et de la requête et du mémoire, et il est par ailleurs tenu d'exposer dans cette pièce l'intégralité de ses moyens. Si, ayant pris connaissance du contre-mémoire, le demandeur estime ne pas avoir besoin d'un second tour de procédure écrite, il est difficile de voir à quel titre le défendeur pourra affirmer que celui-ci s'impose. Il a déjà eu le dernier mot, et il n'y a pas d'injustice à se voir dénier la possibilité de répéter ou d'étoffer son argumentation.

37. Une seule considération aurait pu justifier de prescrire un second tour de procédure écrite dans la présente espèce: le fait que le Japon avait soulevé une exception (quoique non préliminaire) d'incompétence et souhaitait pouvoir se faire une idée de la réaction de l'Australie. Je conçois que, dans certains cas, une exception d'incompétence pourrait, de par sa nature, rendre nécessaire l'organisation d'un second tour de procédure écrite, mais je ne pense pas que tel ait été le cas en l'espèce. L'exception du Japon était fondée sur l'interprétation de la déclaration faite par l'Australie en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut. Son examen ne nécessitait la production d'aucun document ou d'aucun élément de preuve que le Japon n'eût déjà soumis ou qui ne relevât du domaine public, et le Japon, représenté par un conseil qui était tout sauf inexpérimenté, n'était sans doute pas sans avoir une petite idée de la teneur de la réaction que lui opposerait l'Australie.

38. En conséquence, j'estime que la Cour a eu raison de ne pas faire droit à la demande tendant à ce qu'elle prescrive un second tour de procédure écrite en l'espèce.

(*Signé*) Christopher GREENWOOD.

SEPARATE OPINION OF JUDGE XUE

1. Although I concur with the Court's conclusion that special permits granted by Japan under JARPA II do not fall within the meaning of Article VIII, paragraph 1, of the International Convention for the Regulation of Whaling, much to my regret, I do not agree with all of the reasonings upon which the Judgment is based. My votes on paragraphs (3), (4) and (5) of the operative part are not based on the same legal considerations as those stated by the Court. As required by my judicial duty, I append this separate opinion to the Judgment with the explanation of my position.

I. Interpretation of Article VIII, Paragraph 1, of the Convention

2. The dispute between the Parties in the present case with regard to the issue whether or not Japan's granting of special permits to the JARPA II programme is in compliance with the International Convention for the Regulation of Whaling ("the Convention") essentially concerns the meaning of Article VIII, paragraph 1, of the Convention and its relationship with the rest of the treaty provisions. To adjudicate the dispute, the Court may arguably need to examine the scientific aspects of the case, but the legal aspects, in my opinion, should take the centre-stage of judicial review. In its reasoning, although the Court deals with each of the issues relating to treaty interpretation, these crucial issues do not receive sufficient consideration in relation to the legality of the JARPA II programme. Consequently its reasoning for the conclusions regarding alleged violations of the Schedule lacks some coherence.

3. Article VIII, paragraph 1, of the Convention states:

> "Notwithstanding anything contained in this Convention, any Contracting Government may grant to any of its nationals a special permit authorizing that national to kill, take and treat whales for purposes of scientific research subject to such restrictions as to number and subject to such other conditions as the Contracting Government thinks fit, and the killing, taking, and treating of whales in accordance with the provisions of this Article shall be exempt from the operation of this Convention. Each Contracting Government shall report at once to the Commission all such authorizations which

OPINION INDIVIDUELLE DE Mme LA JUGE XUE

[Traduction]

1. Bien que je souscrive à la conclusion de la Cour selon laquelle les permis spéciaux délivrés par le Japon dans le cadre de JARPA II n'entrent pas dans les prévisions du paragraphe 1 de l'article VIII de la convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine, je ne puis, à mon grand regret, m'associer à l'ensemble du raisonnement sur lequel repose l'arrêt. J'ai voté en faveur des points 3, 4 et 5 du dispositif, mais sur la base de considérations juridiques qui ne sont pas celles qu'a développées la Cour. Il est donc de mon devoir de joindre à l'arrêt la présente opinion individuelle, qui explicite ma position.

I. L'interprétation du paragraphe 1 de l'article VIII de la convention

2. Le différend opposant les Parties à la présente instance quant à la question de savoir si les permis spéciaux délivrés par le Japon au titre du programme JARPA II l'ont été conformément aux prescriptions de la convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine (dénommée ci-après « la convention ») porte essentiellement sur le sens qu'il convient de donner au paragraphe 1 de l'article VIII de la convention et la relation que celui-ci entretient avec les autres dispositions de cet instrument. Pour trancher ce différend, la Cour peut certes avoir besoin de se pencher sur les aspects scientifiques de l'affaire, mais ce sont, selon moi, les aspects juridiques qui doivent être au cœur de son examen judiciaire. Or, si la Cour traite, dans ses motifs, de chacun des aspects intéressant l'interprétation de la convention, ces questions essentielles ne sont pas suffisamment approfondies au regard de la question de la licéité du programme JARPA II, et la cohérence du raisonnement motivant les conclusions dans lesquelles elle se prononce sur les allégations de violation du règlement s'en ressent.

3. Le paragraphe 1 de l'article VIII de la convention se lit comme suit :

> « Nonobstant toute disposition contraire de la présente convention, chaque gouvernement contractant pourra accorder à l'un quelconque de ses ressortissants un permis spécial autorisant l'intéressé à tuer, capturer et traiter des baleines en vue de recherches scientifiques et subordonnant cette autorisation aux restrictions en ce qui concerne le nombre et à telles autres conditions que le gouvernement contractant jugera opportunes ; les baleines pourront être tuées, capturées ou traitées conformément aux prévisions du présent article sans qu'il y ait lieu de se conformer aux dispositions de la présente convention.

it has granted. Each Contracting Government may at any time revoke any such special permit which it has granted."

In the pleadings, Japan insists on its right to grant special permits for JARPA II by adopting a strictly textual interpretation of this Article. Australia, on the other hand, challenges the legality of JARPA II's use of lethal sampling on the basis of the object and purpose of the Convention. Each Party underscores one side of the Convention.

4. Article VIII sets up a special category of whaling under the Convention, pursuant to which, a Contracting Party may issue special permits to its nationals to kill, take, and treat whales for purposes of scientific research (scientific whaling). In issuing such special permits, a Contracting Party may specify the number of killing and other conditions as it "thinks fit". Moreover, killing, taking and treating under special permits are exempt from the restrictions imposed on commercial whaling under the Convention, including the Schedule, which forms an integral part of the Convention.

5. It is clear that by these terms the Convention confers a discretionary power on the Contracting Parties with regard to scientific whaling. What is not clear from these terms, however, is to what extent a Contracting Party may exercise such discretion in granting special permits for scientific whaling. This is the very question that divides the Parties.

6. By its plain meaning, Article VIII, paragraph 1, of the Convention apparently leaves the matter of granting special permits in the hands of each Contracting Party. The term "thinks fit" implies a certain degree of appreciation by the authorizing State, given the fact that scientific programmes are designed and implemented at national level. In addition to the exemption from the operation of the Convention, procedural requirements under the Convention for reporting of such authorizations to the International Whaling Commission ("the Commission") and transmitting data and information to the designated organ of the Convention (Art. VIII, paras. 1 and 3) do not substantively affect or restrain this discretional power. Furthermore, review process in the Scientific Committee does not contain, apart from procedural formalities, any mandatory obligations on the authorizing State with respect to the granting of special permits; resolutions relating to scientific whaling are generally of a recommendatory nature. From that viewpoint, Japan's claim that the Contracting Parties enjoy an expansive right in issuing special permits, cannot be said to be untenable.

Chaque gouvernement contractant devra porter immédiatement à la connaissance de la commission toutes les autorisations de cette nature qu'il aura accordées. Un gouvernement contractant pourra révoquer à tout moment un permis spécial par lui accordé.»

Dans ses exposés, le Japon met en avant le droit qui est le sien de délivrer des permis spéciaux au titre de JARPA II, en adoptant de cet article une interprétation strictement textuelle. L'Australie, quant à elle, invoquant l'objet et le but de la convention, conteste la licéité du recours fait à des prélèvements létaux dans le cadre de ce programme. Chaque Partie met l'accent sur l'un des aspects de cet instrument.

4. L'article VIII établit, dans le cadre de la convention, une catégorie particulière de chasse à la baleine permettant à une partie contractante de délivrer à ses ressortissants un permis spécial autorisant la mise à mort, la capture et le traitement de baleines à des fins de recherche scientifique (chasse scientifique). L'Etat en question peut, en délivrant de tels permis, préciser le nombre de mises à mort et les autres conditions qu'il «jugera... opportunes». En outre, la mise à mort, la capture et le traitement des baleines effectués en application de permis spéciaux échappent aux restrictions imposées en matière de chasse commerciale par le régime de la convention, lequel comprend le règlement, qui fait partie intégrante de cette dernière.

5. Il est clair que, par ces termes, la convention confère aux parties contractantes un pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne la chasse scientifique. Ce qui est moins clair, en revanche, c'est la mesure dans laquelle une partie contractante peut exercer un tel pouvoir lorsqu'elle délivre des permis spéciaux à des fins de recherche scientifique. Telle est précisément la question qui oppose les Parties.

6. Selon le sens ordinaire du paragraphe 1 de l'article VIII de la convention, la décision de délivrer un permis spécial semble être du ressort de la partie contractante concernée. L'expression «jugera opportunes» implique un certain degré d'appréciation de la part de l'Etat qui délivre le permis, puisque les programmes scientifiques sont conçus et mis en œuvre à l'échelon national. Outre que les activités mentionnées se trouvent, par l'effet de la dérogation que prévoit cette disposition, soustraites aux effets de la convention, les obligations de nature procédurale qu'impose cette dernière, contraignant l'Etat en question à rendre compte à la commission baleinière internationale (dénommée ci-après «la commission») des autorisations qu'il accorde, et à transmettre les renseignements et les informations obtenus à l'organe désigné à cet effet par la convention (art. VIII, par. 1 et 3), ne viennent pas véritablement limiter ou remettre en cause ce pouvoir discrétionnaire. Qui plus est, le processus d'examen mené au sein du comité scientifique n'impose, en dehors de certaines formalités procédurales, aucune obligation impérative à l'Etat qui délivre des permis spéciaux; les résolutions relatives à la chasse scientifique ont généralement valeur de recommandation. Dans cette optique, l'affirmation du Japon selon laquelle les parties contractantes jouissent d'un droit étendu en matière de délivrance de permis spéciaux ne peut être considérée comme indéfendable.

7. The weakness of Japan's interpretation of Article VIII, however, lies in the fact that the discretional power of the Contracting Parties is derived from the regulating régime of the Convention, therefore it cannot be deemed unlimited. The reason for this is threefold. First, in granting special permits for killing, taking and treating whales for scientific purposes, the Contracting Party must avoid any adverse effect on the stocks with a view to maintaining sustainable utilization and conservation of the resources, otherwise the very object and purpose of the Convention would be undermined, a point on which the Parties hold no different views.

8. Secondly, in assessing the state of the stocks for the consideration of scientific whaling, the Contracting Party inevitably has to pay attention to the situation of commercial whaling. Restrictions imposed thereof indicate the manageable level of the stocks. In other words, there is an intrinsic link between commercial whaling and scientific whaling, particularly when scientific whaling is purportedly to be carried out on a large scale and on a continuous basis. This aspect is borne out by the fact that prior to the moratorium on commercial whaling, such dispute as the current one with the JARPA II programme would not arise; lethal sampling did not pose an issue.

9. Thirdly, as it is true with every right, discretion under Article VIII, paragraph 1, as a corollary, also means a duty on every authorizing party to exercise the power properly and reasonably by virtue of the principle of good faith under the law of treaties. For these reasons, it cannot be said that Article VIII has bestowed a self-defined right on the Contracting Parties.

10. On the issuance of special permits, the Court states that notwithstanding the discretion enjoyed by a Contracting Party, "whether the killing, taking and treating of whales pursuant to a requested special permit is for purposes of scientific research cannot depend simply on that State's perception" (Judgment, para. 61). This statement, however, is left unexplained. The Court's view may be taken as self-evident; such determination has to be based on objective scientific assessment, checked against by external review. However, Japan's claim that according to the rules of treaty interpretation the meaning of Article VIII must be given first and foremost by its express terms, and so long as the relevant treaty provision on the issuance of special permits is not revised to that effect, it is up to each authorizing party to determine the granting of special permits, is a relevant issue. Technically speaking, the granting of special permits and review of proposed programmes are two subject-matters under the Convention. In my view, the Court should, first of all, address the issue whether the authorizing party can or cannot, as asserted by Japan, freely determine, as it "thinks fit", the number of killing, taking and treating of whales for purposes of scientific research, an issue that bears on the relationship between Article VIII and the other provisions of the Convention.

7. La faiblesse de l'interprétation que donne le Japon de l'article VIII réside toutefois dans le fait que, puisqu'il découle du régime réglementaire de la convention, le pouvoir discrétionnaire dont jouissent les parties contractantes ne peut être tenu pour illimité, et ce, à trois égards. Premièrement, la partie contractante, lorsqu'elle délivre des permis spéciaux autorisant la mise à mort, la capture et le traitement de baleines à des fins scientifiques, doit, afin d'assurer la conservation et l'utilisation durable des ressources, éviter tout effet dommageable sur les stocks de baleines; toute autre approche ferait échec à l'objet et au but mêmes de la convention, ce dont conviennent du reste les parties contractantes.

8. Deuxièmement, lorsqu'elle envisage des activités de chasse scientifique, et évalue à cet effet l'état des stocks, la partie contractante doit inévitablement prêter attention à la situation de la chasse commerciale. Les restrictions imposées à celle-ci sont un indicateur du niveau d'exploitabilité des stocks. En d'autres termes, il existe un lien intrinsèque entre chasse commerciale et chasse scientifique, notamment lorsque cette dernière est censée être menée à grande échelle et de manière continue. Ce constat est étayé par le fait que, avant le moratoire sur la chasse à la baleine à des fins commerciales, un différend tel que celui qui porte ici sur le programme JARPA II ne se serait pas fait jour, l'échantillonnage létal ne posant alors pas de problème.

9. Troisièmement, comme tout autre droit, le pouvoir discrétionnaire que confère le paragraphe 1 de l'article VIII a pour corollaire l'obligation faite à toute partie délivrant un permis d'en faire un usage approprié et raisonnable en vertu du principe de bonne foi qui s'applique en droit des traités. Aussi ne peut-on considérer que l'article VIII a conféré aux parties contractantes un droit qu'elles pourraient définir à leur guise.

10. Sur la délivrance de permis spéciaux, la Cour déclare que, nonobstant le pouvoir discrétionnaire dont jouit un Etat contractant, «la réponse à la question de savoir si la mise à mort, la capture et le traitement de baleines en vertu du permis spécial demandé poursuivent des fins de recherche scientifique ne saurait dépendre simplement de la perception qu'en a cet Etat» (arrêt, par. 61). Cette déclaration peut être considérée comme allant de soi, la réponse à la question posée devant être fondée sur une évaluation scientifique objective, elle-même validée par une évaluation externe. Toutefois, le Japon affirme que, d'après les règles d'interprétation des traités, le sens de l'article VIII doit être déterminé à la lumière de ses dispositions expresses et que, tant que la disposition conventionnelle pertinente régissant la délivrance de permis spéciaux n'aura pas été revisée, c'est à l'Etat intéressé qu'il reviendra d'octroyer un permis spécial. Techniquement, l'octroi de permis spéciaux et l'examen des propositions de programmes sont deux questions qui relèvent de la convention. Selon moi, la Cour devrait commencer par répondre à la question de savoir si la partie qui délivre un permis peut déterminer librement, comme elle «le jugera opportun», le nombre de baleines pouvant être mises à mort, capturées et traitées en vue de recherches scientifiques, ce qui met en jeu la relation entre l'article VIII et les autres dispositions de la convention.

11. In the course of its 68 years' operation since 1946, the Convention, as an evolving instrument, has undergone considerable change by way of its Schedule amendments. Although terms on scientific whaling under Article VIII remain intact, various restrictions on commercial whaling for purposes of conservation have indeed exerted a creeping effect on the way in which scientific research may be conducted, particularly with respect to methodology and scale of sample size. Notwithstanding policy differences between the anti-whaling group and the whaling parties, the parties have generally recognized the importance of conservation for the protection of whale resources. Moreover, revision of guidelines and reviews of special permits by the Scientific Committee also move in the direction of conservation. With these developments, it is hard to claim that scientific whaling is totally detached, freestanding, from the operation of the Convention and that the "margin of appreciation", if any, for the Contracting Parties in granting special permits stays the same as before.

12. That said, as the decision to grant special permits solely rests within the discretion of the authorizing party, there is no point in considering whether such a decision is subjectively taken or not; the authorizing party is obliged to use its best knowledge to determine, as it perceives proper, whether or not to grant special permits for proposed scientific research programmes. Once adopted, that decision nevertheless is subject to review, scientific or judicial. The assessment of the decision of course cannot simply rely on the perception of the authorizing party, but must be conducted on an objective basis. The authorizing party should justify its decision with scientific evidence and sound reasoning.

II. The Standard of Review

13. In light of the foregoing, it is apparent that the standard of review by the Court should focus on legal issues. In the Judgment, the Court states that

> "[w]hen reviewing the grant of a special permit authorizing killing, taking and treating of whales, the Court will assess, first, whether the programme under which these activities occur involves scientific research. Secondly, the Court will consider if the killing, taking and treating of whales is 'for purposes of' scientific research by examining whether, in the use of lethal methods, the programme's design and implementation are reasonable in relation to achieving its stated objectives" (Judgment, para. 67).

This approach poses a number of questions, as revealed in the subsequent reasoning.

11. Au cours des soixante-huit années qui ont suivi l'adoption de la convention en 1946, cet instrument en constante évolution a considérablement changé par l'effet des modifications apportées à son règlement. Si les dispositions régissant la chasse scientifique au titre de l'article VIII sont demeurées inchangées, diverses restrictions ont été imposées en matière de chasse commerciale, qui ont réduit le champ des possibilités quant à la manière d'effectuer des recherches, notamment pour ce qui est du choix des méthodes et de la taille des échantillons. En dépit des divergences entre partisans et détracteurs de la chasse à la baleine, les parties ont de manière générale reconnu l'importance de la conservation aux fins de protéger les ressources baleinières. En outre, les versions revisées des lignes directrices et l'examen des permis spéciaux par le comité scientifique évoluent généralement dans le sens de la conservation. En raison de ces évolutions, il est difficile de soutenir que la chasse scientifique est totalement détachée et indépendante des dispositions de la convention et que la «marge d'appréciation» dont disposeraient éventuellement les parties contractantes pour accorder des permis spéciaux est restée la même.

12. Cela dit, puisque la décision de délivrer des permis spéciaux relève du seul pouvoir discrétionnaire de l'Etat en question, point n'est besoin de se demander si cette décision est de nature subjective ou non; la partie qui accorde le permis spécial est tenue de s'appuyer sur ses connaissances les plus pointues pour déterminer, comme elle le juge approprié, s'il convient d'accorder un permis spécial en vue de recherches scientifiques. Une fois prise, cette décision devra néanmoins faire l'objet d'un examen, qu'il soit d'ordre scientifique ou judiciaire, et il va de soi que pareille évaluation ne saurait reposer sur la seule perception de la partie qui accorde le permis, et devra être effectuée sur une base objective. La partie qui délivre le permis doit pouvoir justifier sa décision en se fondant sur des preuves scientifiques et un raisonnement solide.

II. Le critère d'examen

13. Il ressort de ce qui précède que, pour procéder à l'examen requis, la Cour doit s'en tenir aux aspects juridiques. Dans l'arrêt, la Cour indique que,

> «[l]orsqu'elle se penchera sur la question de la délivrance d'un permis spécial autorisant la mise à mort, la capture et le traitement de baleines, [elle] examinera, en premier lieu, si le programme dans le cadre duquel se déroulent ces activités comporte des recherches scientifiques, [et] établira, en second lieu, si les baleines mises à mort, capturées et traitées le sont «en vue de» recherches scientifiques, en examinant si, en ce qui concerne le recours à des méthodes létales, la conception et la mise en œuvre du programme sont raisonnables au regard de ses objectifs déclarés» (arrêt, par. 67).

Cette approche soulève un certain nombre de questions, comme je vais à présent le montrer.

14. First, in assessing Japan's exercise of its right under Article VIII, paragraph 1, in granting special permits, judicial review of the Court should link with treaty interpretation. The question whether activities under JARPA II involve scientific research is a matter of fact rather than a matter of law, therefore it should be subject to scientific review. I take the view that it is not for the Court to determine what elements a scientific research should or should not contain, nor is it for the Court to adjudicate what kind of activities involve scientific research. As special permits are granted by the authorizing party pursuant to Article VIII, paragraph 1, of the Convention to programmes for purposes of scientific research, it should be presumed that activities under such programmes involve scientific research. It is up to Australia to prove with convincing evidence to the Court that such is not the case with JARPA II, with Japan having the right to rebuttal. As the Court stated in the *Pulp Mills* case, that, in accordance with the well-established principle *onus probandi incumbit actori*, it is the duty of tne party which asserts certain facts to establish the existence of such facts. This principle has been consistently upheld by the Court (see case concerning *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina* v. *Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010 (1)*, p. 71, para. 162; *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania* v. *Ukraine), Judgment, I.C.J. Reports 2009*, p. 86, para. 68; *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore), Judgment, I.C.J. Reports 2008*, p. 31, para. 45; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina* v. *Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007 (1)*, p. 128, para. 204; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua* v. *United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, p. 437, para. 101). It is not necessary for the Court itself to go over the key elements of JARPA II as part of its judicial review and ascertain that JARPA II activities "can broadly be characterized as 'scientific research'" (Judgment, para. 127); its finding, on the basis of the evidence presented to the Court, that Australia has failed to prove that JARPA II activities, in order to be qualified as scientific research, must satisfy the four criteria as identified by Australia, could sufficiently lead to the conclusion that Australia's claim against JARPA II activities as not involving scientific research is unfounded.

15. In its reasoning, the Court draws the distinction between the term "scientific research" and the phrase "for purposes of" in Article VIII, paragraph 1, of the Convention, which to a certain extent, dictates the standard of review as articulated by the Court. Accepting Australia's interpretation that these two terms are cumulative, the Court actually sets up two conditions for review: the programme activities must first be characterized as scientific research and additionally, they must serve purposes

14. Premièrement, lorsqu'elle examine l'exercice que fait le Japon du droit qu'il tient du paragraphe 1 de l'article VIII de délivrer des permis spéciaux, la Cour doit mener de front contrôle judiciaire et interprétation des traités. La question de savoir si les activités réalisées dans le cadre de JARPA II comportent des recherches scientifiques est une question de fait plutôt que de droit et, dès lors, devrait faire l'objet d'un examen scientifique. Je considère qu'il ne revient pas à la Cour de déterminer les aspects que doit ou ne doit pas présenter la recherche scientifique, non plus qu'il ne lui appartient de déterminer quels types d'activités comportent des recherches scientifiques. Les permis spéciaux étant délivrés par l'Etat conformément au paragraphe 1 de l'article VIII de la convention au titre de programmes menés en vue de recherches scientifiques, il doit être présumé que les activités conduites dans le cadre de ces programmes comportent des recherches scientifiques. S'il n'en est pas ainsi s'agissant de JARPA II, il incombe à l'Australie de le prouver à la Cour, à l'aide d'éléments convaincants, et le Japon doit avoir la possibilité de réfuter ses dires. En effet, selon le principe bien établi *onus probandi incumbit actori*, c'est à la partie qui avance certains faits d'en démontrer l'existence, comme la Cour l'a dit dans l'affaire des *Usines de pâte à papier*, et comme elle l'a maintes fois confirmé depuis lors (voir *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), arrêt, C.I.J. Recueil 2010 (1)*, p. 71, par. 162; *Délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine), arrêt, C.I.J. Recueil 2009*, p. 86, par. 68; *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie/Singapour), arrêt, C.I.J. Recueil 2008*, p. 31, par. 45; *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (1)*, p. 128, par. 204; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984*, p. 437, par. 101). Il n'était pas nécessaire que la Cour passe elle-même en revue les principaux aspects de JARPA II dans le cadre de son examen judiciaire pour en venir à la conclusion que les activités menées dans ce cadre «peuvent être globalement qualifiées de «recherches scientifiques»» (arrêt, par. 127); il lui eût suffi d'estimer, sur la base des éléments de preuve qui lui ont été présentés, que l'Australie n'avait pas prouvé que les activités menées dans le cadre de JARPA II devaient, pour être considérées comme des activités de recherche scientifique, satisfaire aux quatre critères qu'elle avait mis en avant, pour pouvoir rejeter comme infondée l'affirmation de l'Australie selon laquelle ces activités ne comportaient pas de recherches scientifiques.

15. En outre, dans son raisonnement, la Cour opère une nette distinction entre les termes «recherches scientifiques» et «en vue de», qui figurent dans le libellé du paragraphe 1 de l'article VIII de la convention, distinction qui, dans une certaine mesure, façonne le critère d'examen qu'elle énonce. Faisant sienne l'interprétation de l'Australie selon laquelle ces deux notions sont cumulatives, la Cour énonce en réalité deux critères d'examen: les activités menées dans le cadre du programme doivent

of scientific research. As is stated above, determination of scientific research is primarily a matter of fact subject to scientific scrutiny. The phrase "for purposes of" cannot stand on its own without the modifier "scientific research". When the Court is tasked to determine whether, in the use of lethal sampling, the elements of JARPA II's design and implementation are reasonable in relation to its stated scientific objectives, it is actually set to assess the scientific merit of the programme. In that case the term "for purposes of" would mean to evaluate the design and implementation of JARPA II so as to see whether they are justifiable for achieving the objectives of the research programme. This interpretation, in my opinion, unduly complicates the meaning of the phrase "for purposes of scientific research" in Article VIII, paragraph 1, rendering the Court's role beyond its judicial purview.

16. Notwithstanding the above, I agree with the majority that in order to ascertain whether special permits for JARPA II genuinely serve purposes of scientific research, the Court may have to examine some relevant aspects of the design and implementation of JARPA II in the light of its stated objectives. As the case hinges on the legality of Japan's determination to grant special permits to JARPA II, the Court, in my view, should focus its review on the question whether Japan's issuance of special permits to JARPA II satisfies the requirement under Article VIII, paragraph 1, namely, for purposes of scientific research. The standard of review as agreed by the Parties that tests whether a State's decision to grant special permits is objectively reasonable, supported by coherent reasoning and respectable scientific evidence, should therefore primarily relate to special permits rather than the programme in general.

III. The JARPA II Programme in Light of Article VIII, Paragraph 1, of the Convention

17. In the Court's review, a few of its findings pertaining to Japan's determination to grant special permits to the JARPA II programme are important.

18. First, the Court finds that Japan does not prove that it has duly conducted feasibility studies on the use of non-lethal methods with an effort to reduce lethal sampling, thus failing its obligation to give due regard to the resolutions and Guidelines adopted by the Commission. It concludes that,

d'abord relever de la recherche scientifique et, ensuite, avoir pour finalité la recherche scientifique. Comme je l'ai déjà dit, déterminer si ces activités relèvent ou non de la recherche scientifique est principalement une question de fait dont l'appréciation incombe aux scientifiques. Quant à la locution «en vue de», elle ne peut être employée seule, sans les termes «recherches scientifiques». Dès lors que la Cour se fixe pour mission de déterminer si, pour ce qui est du recours à l'échantillonnage létal, les éléments de la conception et de la mise en œuvre de JARPA II sont raisonnables au regard des objectifs scientifiques déclarés du programme, il lui faut en réalité porter une appréciation sur les mérites scientifiques de celui-ci et, dès lors, s'agissant de la locution «en vue de», évaluer la conception et la mise en œuvre de JARPA II en cherchant à savoir si elles se justifient aux fins de la réalisation des objectifs du programme de recherche. Cette interprétation revient selon moi à prêter à l'expression «en vue de recherches scientifiques» qui figure au paragraphe 1 de l'article VIII une signification excessivement compliquée, et fait sortir la Cour du strict cadre de sa compétence judiciaire.

16. Nonobstant ce qui précède, je conviens avec la majorité que, pour déterminer si les permis spéciaux délivrés dans le cadre de JARPA II servent réellement les besoins de la recherche scientifique, la Cour doit peut-être examiner certains des aspects pertinents de la conception et de la mise en œuvre de JARPA II au regard de ses objectifs déclarés. L'affaire tournant autour de la question de la licéité de la décision prise par le Japon d'octroyer des permis spéciaux au titre de JARPA II, la Cour devrait axer son examen sur la question de savoir si les permis ainsi délivrés l'ont été conformément aux prescriptions du paragraphe 1 de l'article VIII, c'est-à-dire en vue de recherches scientifiques. Le critère d'examen auquel ont souscrit les Parties — consistant à déterminer si la décision que prend un Etat de délivrer des permis spéciaux est objectivement raisonnable et étayée par un raisonnement cohérent, ainsi que par des preuves scientifiques dignes de foi — devrait donc essentiellement être appliqué aux permis spéciaux plutôt qu'au programme en général.

III. Le programme JARPA II au regard du paragraphe 1 de l'article VIII de la convention

17. Dans l'examen auquel elle se livre, la Cour formule certaines constatations importantes relativement à la décision du Japon de délivrer des permis spéciaux au titre de JARPA II.

18. Premièrement, elle conclut que le Japon n'a pas démontré que, en ce qui concerne le recours à des méthodes non létales, il aurait réalisé les études de faisabilité dans un souci de diminuer le nombre de prises, et en déduit que le défendeur a manqué à son obligation de tenir dûment compte des résolutions et des lignes directrices adoptées par la commission. Selon elle,

"the papers to which Japan directed [the Court] reveal little analysis of the feasibility of using non-lethal methods to achieve the JARPA II research objectives. Nor do they point to consideration of the possibility of making more extensive use of non-lethal methods in order to reduce or eliminate the need for lethal sampling, either when JARPA II was proposed or in subsequent years. Given the expanded use of lethal methods in JARPA II, as compared to JARPA, this is difficult to reconcile with Japan's obligation to give due regard to IWC resolutions and Guidelines and its statement that JARPA II uses lethal methods only to the extent necessary to meet its scientific objectives." (Judgment, para. 144.)

19. Secondly, two pieces of probative evidence support the Court's finding that Japan's determination of sample sizes is influenced by its funding consideration. One is the 2007 document referred to by Japan to prove that it has given necessary consideration to the use of non-lethal methods in JARPA II. The document explains why certain biological parameters require lethal sampling, but it also suggests that lethal sampling be preferred because it provides a source of funding to offset the cost of the research. Secondly, Dr. Walløe, the expert called by Japan, also testifies in the oral proceedings before the Court that "Japanese scientists have not always given completely transparent and clear explanations of how sample sizes were calculated or determined". He admits that he is under the impression that JARPA II sample sizes had been "influenced by funding consideration", although he does not find that objectionable.

20. Thirdly, the Court finds that the JARPA II Research Plan lacks transparency in the reasons for selecting particular sample sizes for individual research items, a point agreed by the experts called by both Parties. The shortcomings in the design of the Research Plan are not explained by Japan with supporting evidence, which casts doubt on the reasonableness of the sample sizes in relation to achieving its objectives.

21. Lastly, in view of the evidence regarding the gap between the target sample sizes and the actual take in the implementation of the programme, the Court draws the conclusion that the target sample sizes are larger than reasonable for achieving JARPA II's objectives. The Court notes that the sample sizes for fin and humpback whales and review periods chosen cast doubt on the centrality of the objectives that Japan highlights as the rationale for the annual number of minke whale samples that it sets up.

22. These findings, among others, are decisive for the Court's ruling on Japan's decision to issue special permits for JARPA II. Important as they

«les documents invoqués par le Japon révèlent que ce dernier, aussi bien au moment où JARPA II a été proposé que dans les années qui ont suivi, n'a pas suffisamment analysé la possibilité de recourir à des méthodes non létales afin d'atteindre les objectifs de recherche de JARPA II, pas plus qu'il ne s'est interrogé sur la possibilité de faire plus largement appel à ces méthodes afin de réduire, voire d'éliminer, la nécessité des prélèvements létaux. Au vu du recours accru aux méthodes létales par rapport à JARPA, ce constat cadre difficilement avec l'obligation incombant au Japon de prendre dûment en considération les résolutions et lignes directrices de la CBI et avec son affirmation selon laquelle il n'aurait recours aux méthodes létales dans le cadre de JARPA II que dans la limite nécessaire à la réalisation des objectifs scientifiques du programme.» (Arrêt, par. 144.)

19. Deuxièmement, elle conclut que la taille des échantillons fixée par le Japon est influencée par des considérations financières, ce que viennent étayer deux éléments de preuve. L'un est le document de 2007 invoqué par le Japon pour montrer qu'il a dûment envisagé le recours à des méthodes non létales dans le cadre de JARPA II : en effet, si ce document explique pourquoi l'étude de certains paramètres biologiques nécessite le recours à des prélèvements létaux, il laisse également entendre que cette méthode serait à préférer en tant qu'elle offrirait une source de financement susceptible de couvrir le coût de la recherche. L'autre est le témoignage de M. Walløe, l'expert cité par le Japon, qui a déclaré à l'audience que «les scientifiques japonais n'[avaient] pas toujours fourni d'explications complètement claires et transparentes sur la manière dont la taille des échantillons a[vait] été calculée ou déterminée». M. Walløe admet avoir eu l'impression que la taille des échantillons fixée dans le cadre de JARPA II «était également influencée par des considérations de financement», sans toutefois y voir aucune objection.

20. Troisièmement, la Cour conclut, s'agissant du plan de recherche de JARPA II, à un manque de transparence quant aux raisons ayant conduit au choix de telles ou telles tailles d'échantillon pour les différents paramètres étudiés, un point sur lequel les experts cités de part et d'autre sont d'accord. Le Japon n'a pas produit d'éléments de preuve à même d'expliquer les faiblesses du plan de recherche, ce qui jette un doute sur le caractère raisonnable, au regard des objectifs du programme, des tailles d'échantillon retenues.

21. Enfin, à la lumière des éléments de preuve relatifs à l'écart entre les objectifs de capture et le nombre de baleines effectivement prélevées dans le cadre de la mise en œuvre du programme, la Cour aboutit à la conclusion que les tailles d'échantillon sont supérieures à ce qui serait raisonnable au regard des objectifs annoncés de JARPA II. Elle note que, au vu de la taille des échantillons de rorquals communs et de baleines à bosse et des périodes de recherche qu'il a retenues, il est permis de douter que les objectifs que le Japon avance pour justifier le nombre de petits rorquals qu'il prévoit de prélever chaque année constituent effectivement sa motivation principale.

22. Ce sont notamment ces constatations qui ont amené la Cour à se prononcer comme elle l'a fait sur la décision du Japon de délivrer des

are, in relation to the purposes of JARPA II, I think the Court should have given further consideration to the question of funding, as it bears directly on the pivotal issue of the case — the size of lethal sampling.

23. In its pleadings, Japan does not deny that funding consideration is involved in the determination of granting special permits, but asserts that such practice is normal in fishery research. Dr. Walløe does not deem it questionable either. Besides, Japan's explanation that for certain scientific research and data collection, non-lethal methods are "impractical, cost-ineffective and prohibitively expensive" does not appear a mere excuse for its lethal sampling, as this kind of situation often exists elsewhere in scientific research.

24. It is apparent that the use of lethal sampling in JARPA II per se does not pose an issue under the Convention; Article VIII clearly confers that discretion on the Contracting Parties. The Court agrees that under Article VIII, paragraph 2, the fact that a programme involves the sale of meat and the use of proceeds to fund research is not sufficient, taken alone, to cause a special permit to fall outside Article VIII. What remains at issue is whether the scale of lethal sampling for JARPA II is reasonable.

25. In my view, Japan fails to explain to the satisfaction of the Court how the sample sizes are calculated and determined with the aim of achieving the objectives of the programme. Technical complexity of the matter does not release it of the burden of proof, as the issue lies at the core of the dispute. Moreover, Japan does not succeed in refuting with solid evidence Australia's allegation that the funding consideration actually dictates its sample sizes and in proving that fundraising is just incidental and derivative from the research activities. It could have explained how JARPA II activities are funded and whether there are other financial sources that support the programme.

26. Furthermore, in response to Australia's claim that Japan's real intention in conducting JARPA II is to maintain its whaling operation and that the programme is commercial whaling in disguise, Japan's rebuttal is weak and unpersuasive. Even if fundraising through commercial means may not necessarily render the programme as commercial whaling, or commercial whaling in disguise, given the scale of lethal sampling and the unlimited duration of JARPA II, the cumulative effect of its lethal take on the conservation of whale resources is not insignificant and negligible, which gives all the more reason for requiring Japan to justify its decision on special permits.

permis spéciaux au titre de JARPA II. Mais, pour importants que soient ces constats, je pense que, s'agissant des objectifs de ce programme, c'est la question du financement que la Cour aurait dû approfondir, car elle a des conséquences directes sur le problème qui est au cœur de l'affaire, à savoir la taille des échantillons létaux.

23. Dans ses plaidoiries, le Japon ne nie pas que des considérations financières interviennent dans la décision de délivrer des permis spéciaux, mais soutient que pareille pratique est normale dans le domaine de la recherche halieutique. M. Walløe ne la juge pas davantage contestable. Par ailleurs, l'explication du Japon selon laquelle, pour certains types de recherches scientifiques et de collectes de données, le recours à des méthodes non létales est «irréalisable d'un point de vue pratique, peu rentable et d'un coût prohibitif» ne semble pas avoir été avancée aux seules fins de justifier la pratique de l'échantillonnage létal, puisque ce type de situation se présente souvent dans d'autres domaines de recherche.

24. Il est évident que la pratique de l'échantillonnage létal dans le cadre de JARPA II ne pose pas un problème en soi au regard de la convention; l'article VIII confère clairement aux Etats contractants le pouvoir discrétionnaire d'y recourir. La Cour convient que, au regard du paragraphe 2 de cet article, la vente de la chair de baleine obtenue dans le cadre d'un programme et l'utilisation du produit de cette vente pour financer la recherche ne suffisent pas, en elles-mêmes, à exclure un permis spécial des prévisions de l'article VIII. Reste la question de savoir si l'ampleur du recours aux prélèvements létaux est raisonnable dans le cadre de JARPA II.

25. Selon moi, le Japon n'a pas expliqué à la satisfaction de la Cour en quoi les tailles des échantillons sont calculées et déterminées dans le but d'atteindre les objectifs du programme; or, la complexité technique de la question ne saurait libérer la partie défenderesse de la charge de la preuve. En outre, le Japon n'a pas réfuté, preuves solides à l'appui, l'allégation de l'Australie selon laquelle ce sont en réalité des considérations financières qui dictent le choix des tailles d'échantillon, ni n'a prouvé que la collecte de fonds n'était qu'une activité accessoire et subsidiaire par rapport aux activités de recherche. Il aurait pu expliquer comment les activités menées dans le cadre de JARPA II étaient financées et indiquer si ce programme pouvait compter sur d'autres sources de financement.

26. En outre, le défendeur apporte une réponse faible et peu convaincante à l'allégation de l'Australie selon laquelle sa véritable intention, en mettant en œuvre JARPA II, aurait été de poursuivre ses opérations de chasse, le Japon menant en fait un programme de chasse commerciale sous le couvert de la recherche. Même si la levée de fonds par des moyens commerciaux ne fait pas nécessairement de JARPA II un programme de chasse commerciale, ou un moyen détourné de poursuivre une telle activité, il apparaît, étant donné l'ampleur des prélèvements pratiqués dans le cadre de JARPA II et la durée illimitée de ce programme, que l'effet cumulatif sur la conservation des ressources baleinières des prises létales ainsi réalisées n'est ni insignifiant ni négligeable, et il n'en est donc que plus nécessaire que le Japon soit tenu de justifier ses décisions en ce qui concerne la délivrance des permis spéciaux.

27. Prior to the moratorium on commercial whaling, use of proceeds from the sale of whale meat to fund scientific research might be an acceptable practice among the Contracting Parties, insomuch as the stocks were not affected. Such "margin of appreciation" enjoyed by the parties, if any, however, becomes questionable when the moratorium on commercial whaling is imposed, because excessive scientific whaling would unavoidably undermine the collective effort of the Contracting Parties in the conservation measures. The term "for purposes of scientific research" under Article VIII, paragraph 1, should thus be strictly interpreted; sample sizes that are dictated by fundraising consideration, therefore, cannot be considered as "objectively reasonable", or "for purposes of scientific research".

28. It is based on these considerations that I agree with the Court's conclusion that JARPA II does not fall with the meaning of Article VIII, paragraph 1, of the Convention.

IV. Relationship between Article VIII, Paragraph 1, and the Schedule

29. Having reached the above conclusion, the Court turns to examine Australia's contention that Japan has breached three provisions of the Schedule by conducting JARPA II. The three provisions of the Schedule include: the obligation to respect zero catch limits for the killing, for commercial purposes, of whales from all stocks (paragraph 10 *(e)* of the Schedule); the factory ship moratorium (para. 10 *(d)*); and the prohibition on commercial whaling in the Southern Ocean Sanctuary (para. 7 *(b)*).

30. Under the Convention, there are basically three types of whaling involved: commercial whaling, scientific whaling and aboriginal subsistence whaling. Pursuant to Article 1, paragraph 1, of the Convention, the Schedule constitutes an integral part thereof. "All references to 'Convention' shall be understood as including the said Schedule either in its present terms or as amended in accordance with the provision of Article V." At the same time, Article VIII, paragraph 1, also provides that scientific whaling shall be exempt from the operation of this Convention, which means that restrictions and conditions relating to the granting of special permits for purposes of scientific research are not subject to the Schedule. Therefore, before addressing Australia's contention, the Court has to first determine the applicability of these three paragraphs to JARPA II.

31. The Court takes the view that all killing, taking and treating of whales that fall within neither scientific whaling under Article VIII, nor aboriginal subsistence whaling under paragraph 13 of the Schedule, will

27. Avant le moratoire sur la chasse commerciale, l'utilisation du produit de la vente de viande de baleine pour financer la recherche scientifique était peut-être une pratique acceptable aux yeux des parties contractantes, dans la mesure où les stocks n'en pâtissaient pas. Une telle «marge d'appréciation» laissée aux parties, pour autant qu'elle ait existé, est toutefois devenue contestable dès lors qu'un moratoire a été imposé sur la chasse commerciale, car des prises excessives, dans le cadre d'activités de chasse scientifique, ne peuvent que saper l'effort collectif des parties contractantes en vue de la mise en œuvre de mesures de conservation. L'expression «en vue de recherches scientifiques» employée au paragraphe 1 de l'article VIII doit donc être interprétée de façon stricte et les tailles des échantillons qui ont été définies pour répondre à la nécessité de collecter des fonds ne sauraient dès lors être considérées comme «objectivement raisonnables» ou comme ayant été établies «en vue de recherches scientifiques».

28. C'est sur la base de ces considérations que je souscris à la conclusion de la Cour selon laquelle JARPA II n'entre pas dans les prévisions du paragraphe 1 de l'article VIII de la convention.

IV. La relation entre le paragraphe 1 de l'article VIII et le règlement annexé à la convention

29. Après être parvenue à cette conclusion, la Cour se penche sur l'affirmation de l'Australie selon laquelle le Japon a violé trois dispositions du règlement en mettant en œuvre le programme JARPA II: l'obligation de respecter la limite fixée à zéro concernant le nombre de baleines pouvant être mises à mort, toutes espèces confondues, à des fins commerciales (par. 10 *e)*), le moratoire sur les usines flottantes (par. 10 *d)*) et l'interdiction de la chasse commerciale dans le sanctuaire de l'océan Austral (par. 7 *b)*).

30. La convention renvoie essentiellement à trois types de chasse: la chasse commerciale, la chasse scientifique et la chasse aborigène de subsistance. Aux termes du paragraphe 1 de son article premier, le règlement en fait partie intégrante: «Toutes mentions de la «convention» viseront également le règlement y annexé, soit dans sa version actuelle, soit tel qu'il pourra être modifié conformément aux dispositions de l'article V.» Parallèlement, le paragraphe 1 de l'article VIII prévoit qu'il n'y a pas lieu, dans le cas de la chasse scientifique, de se conformer aux dispositions de la convention, ce qui signifie que les restrictions et les conditions applicables aux permis spéciaux délivrés à des fins de recherche scientifique échappent de même aux dispositions du règlement. Avant d'examiner l'affirmation de l'Australie, la Cour doit donc commencer par déterminer dans quelle mesure ces trois alinéas s'appliqueront à JARPA II.

31. La Cour estime que la mise à mort, la capture et le traitement de baleines dans un cadre qui ne relève ni de la chasse scientifique visée à l'article VIII ni de la chasse aborigène de subsistance visée au para-

be considered subject to the same restrictions as laid down in the three paragraphs. That is to say, since the Court reaches the conclusion that JARPA II does not fall within the meaning of Article VIII, paragraph 1, of the Convention, it would be regarded as commercial whaling. This is because, the Court says,

> "[t]he reference to 'commercial' whaling in paragraphs 7 *(b)* and 10 *(e)* of the Schedule can be explained by the fact that in nearly all cases this would be the most appropriate characterization of the whaling activity concerned. The language of the two provisions cannot be taken as implying that there exist categories of whaling which do not come within the provisions of either Article VIII, paragraph 1, of the Convention or paragraph 13 of the Schedule but which nevertheless fall outside the scope of the prohibitions in paragraphs 7 *(b)* and 10 *(e)* of the Schedule. Any such interpretation would leave certain undefined categories of whaling activity beyond the scope of the Convention and thus would undermine its object and purpose." (Judgment, para. 229.)

Paragraph 10 *(d)*, although without an explicit reference to commercial whaling in its terms, should equally apply to all the cases with regard to the prohibition of the use of factory ships except in scientific and aboriginal subsistence whaling.

32. Based upon the above reasoning, the Court finds that since the special permits under JARPA II do not fall within the meaning of Article VIII, paragraph 1, of the Convention, Japan thereby has not acted in conformity with its obligations under paragraphs 10 *(e)*, *(d)* and 7 *(b)* of the Schedule. With due respect, I find this line of reasoning quite confusing.

33. In the first place, the premise for the application of paragraphs 10 *(e)*, *(d)*, and paragraph 7 *(b)* to JARPA II is that the Court has determined that JARPA II is in fact a commercial whaling operation rather than a programme for purposes of scientific research. There is no evidence identified by the Court that supports this conclusion. On the contrary, in the Judgment, the Court ascertains that the programme has scientific objectives and its use of lethal methods per se is not objectionable. Moreover, it concludes that Japan has complied with its obligations under paragraph 30 of the Schedule in submitting in time proposed special permits to the Scientific Committee for review and comments.

34. Moreover, most of the shortcomings in JARPA II as analysed by the Court are, by and large, technical flaws associated with the design and implementation of the programme, which do not by themselves transform JARPA II into a commercial whaling operation. Fundraising, albeit by market sale of whale meat, does not necessarily alter the scientific nature of the programme, unless the Court finds bad faith on the part of Japan.

graphe 13 du règlement seront dans tous les cas soumis aux restrictions énoncées dans les trois alinéas cités. Cela revient à dire que, la Cour ayant conclu qu'il n'entrait pas dans les prévisions du paragraphe 1 de l'article VIII de la convention, JARPA II doit être considéré comme relevant de la chasse commerciale, car, explique-t-elle,

> «[l]a mention de la chasse «commerciale» aux paragraphes 7 *b)* et 10 *e)* du règlement peut s'expliquer par le fait que, dans presque tous les cas, telle serait la qualification la plus appropriée de l'activité de chasse pratiquée. Le libellé de ces deux dispositions ne saurait être interprété comme donnant à penser qu'il existerait certaines catégories de chasse à la baleine qui n'entreraient pas dans les prévisions du paragraphe 1 de l'article VIII de la convention ou du paragraphe 13 du règlement, mais qui ne tomberaient pas pour autant sous le coup des interdictions énoncées aux paragraphes 7 *b)* et 10 *e)* du règlement. Toute interprétation de ce genre laisserait hors du champ d'application de la convention certaines catégories non définies de chasse à la baleine, ce qui ferait échec à son objet et à son but.» (Arrêt, par. 229.)

De même, en vertu du paragraphe 10 *d)* — et quoique celui-ci ne fasse pas expressément référence à la chasse commerciale —, l'interdiction de recourir à des usines flottantes doit-elle à ses yeux s'appliquer dans tous les cas, dès lors qu'il ne s'agit pas de chasse scientifique ou de chasse aborigène de subsistance.

32. Sur la base du raisonnement qui précède, la Cour conclut que, puisque les permis spéciaux délivrés au titre de JARPA II n'entrent pas dans les prévisions du paragraphe 1 de l'article VIII de la convention, le Japon n'a pas agi conformément aux obligations que lui imposent les paragraphes 10 *e)*, 10 *d)* et 7 *b)* du règlement. Or ce raisonnement me laisse quelque peu perplexe.

33. Premièrement, l'application des paragraphes 10 *e)*, 10 *d)* et 7 *b)* de JARPA II suppose que la Cour a déterminé que JARPA II était en réalité une opération de chasse à la baleine commerciale et non pas un programme mené en vue de recherches scientifiques. Or la Cour n'a mis en avant aucun élément de preuve à l'appui de cette conclusion. Au contraire, dans son arrêt, elle estime que ce programme poursuit des objectifs scientifiques et que le recours qui y est fait aux méthodes létales n'est pas en soi répréhensible. En outre, elle conclut que le Japon s'est conformé aux obligations que lui impose le paragraphe 30 du règlement en soumettant en temps utile au comité scientifique, pour examen et avis, ses propositions de permis spéciaux.

34. Au surplus, la plupart des défauts de JARPA II, tels qu'analysés par la Cour, sont, d'une façon générale, des défauts techniques touchant la conception et la mise en œuvre du programme, qui ne transforment pas en soi le programme JARPA II en un programme de chasse commerciale. La levée de fonds, fût-ce par la commercialisation de chair de baleine, ne change pas nécessairement la nature scientifique du programme, à moins

The conclusion of the Court that JARPA II activities do not fall within the meaning of Article VIII, paragraph 1, cannot be understood to mean that JARPA II activities thereby do not involve scientific research. That is to say, scientific whaling, even if with flaws, remains scientific in nature. It does not fall outside that category.

35. Furthermore, from a legal point of view, consequences of breach of Article VIII and that of the Schedule paragraphs can be different. In the former case, the conditions and the number of special permits may be revised or revoked upon the review and comments by the Scientific Committee. To put it in another way, as a technical matter, when the granting of special permits by Japan for JARPA II is found not within the meaning of Article VIII, paragraph 1, Japan is not prohibited to issue special permits for the programme, provided such issuance is brought in line with the requirement of Article VIII, paragraph 1. In this regard, JARPA II continues to fall within the purview of the Scientific Committee for periodical reviews. In the latter situation, however, as Japan is deemed breaching its international obligation under the Schedule of the Convention by violating the moratorium on commercial whaling, its international responsibility shall be invoked. Consequently, under the rules of State responsibility, Japan shall be obliged to revoke all the extant special permits and refrain from granting further for JARPA II, which would apparently forestall the Scientific Committee's review.

36. I vote with the majority on paragraphs (3), (4) and (5) of the operative clause because I am of the view that Japan's granting of special permits for JARPA II has been unduly excessive in relation to achieving its stated objectives, which may arguably have adverse impact on the effectiveness of the moratorium on commercial whaling. Nevertheless, JARPA II remains a programme for scientific research, in my opinion. Japan should be given the opportunity to address the shortcomings in the design and implementation of the programme in the Scientific Committee during the upcoming periodical review.

(Signed) XUE Hanqin.

que la Cour n'estime que le Japon a fait preuve de mauvaise foi. La conclusion de la Cour selon laquelle les activités de JARPA II n'entrent pas dans les prévisions du paragraphe 1 de l'article VIII ne peut être interprétée comme impliquant nécessairement que les activités menées dans le cadre de ce programme ne comportent pas de recherches scientifiques. Autrement dit, la chasse scientifique, même entachée de défauts, conserve sa nature scientifique. Elle ne se retrouve pas pour autant exclue de cette catégorie.

35. En outre, d'un point de vue juridique, les conséquences de la violation de l'article VIII et celles de la violation des dispositions du règlement annexé à la convention peuvent être différentes. Dans le premier cas, les conditions auxquelles est subordonnée la délivrance de permis spéciaux et le nombre de ces permis peuvent être modifiés ou remis en question sur la base de l'examen et des commentaires du comité scientifique. Autrement dit, d'un point de vue technique, s'il est estimé que les permis spéciaux qu'il a délivrés au titre de JARPA II ne l'ont pas été conformément aux prévisions du paragraphe 1 de l'article VIII, le Japon n'est pas pour autant empêché de délivrer de tels permis, à condition qu'ils le soient dorénavant conformément auxdites prévisions. A cet égard, JARPA II continue de relever de la compétence du comité scientifique, aux fins d'examens périodiques. Dans le second cas, toutefois, le Japon étant réputé manquer aux obligations internationales qui lui incombent en vertu du règlement annexé à la convention en violant le moratoire sur la chasse commerciale, il sera tenu, en vertu des règles de la responsabilité de l'Etat, de révoquer tous les permis spéciaux en cours et de s'abstenir d'en délivrer à l'avenir au titre de JARPA II, ce qui revient à anticiper sur l'examen auquel le comité scientifique est censé se livrer.

36. Je m'associe à la majorité pour voter en faveur des points 3, 4 et 5 du dispositif, car j'estime, au regard des objectifs déclarés de JARPA II, que c'est de manière abusive que le Japon a délivré des permis spéciaux au titre de ce programme, ce qui pourrait compromettre l'efficacité du moratoire sur la chasse commerciale. Néanmoins, JARPA II demeure selon moi un programme de recherche scientifique et, s'agissant des faiblesses de sa conception et de sa mise en œuvre, l'occasion devrait être donnée au Japon de s'en expliquer devant le comité scientifique à la faveur du prochain examen périodique.

(Signé) XUE Hanqin.

SEPARATE OPINION OF JUDGE SEBUTINDE

The Court should have clarified more precisely the limits of discretion of a Contracting Government under Article VIII as well as the scope of the Court's power to review the exercise of that discretion — In particular, the Court should have specified the criteria which have guided and informed its determination of whether the special permits issued under JARPA II were "for purposes of scientific research" — Japan has not fully complied with the procedural obligations under paragraph 30 of the Schedule to the ICRW.

1. I concur, in principle, with the Court's findings in points 1, 2, 3, 4, 5 and 7 of the operative part of the Judgment and I agree, in general, with the reasoning upon which those findings are predicated. Nonetheless, I believe that there are certain key aspects of this dispute in respect of which the Court has missed an opportunity to elaborate its views and articulate the reasoning underpinning its findings. These include the extent of a Contracting Government's discretion under Article VIII of the International Convention for the Regulation of Whaling (ICRW) as well as the scope of the Court's power to review such discretion. In my view, these aspects merit further elaboration than that accorded to them in the Judgment. Furthermore, I have voted against the finding of the Court, in point 6 of the operative paragraph, that "Japan has complied with its obligations under paragraph 30 of the Schedule to the International Convention for the Regulation of Whaling with regard to JARPA II", because in my opinion, the facts before the Court do not bear out this conclusion. It is precisely these points in respect of which this opinion is offered.

2. The Judgment deals briefly with the question of the discretion of a State party issuing special permits under Article VIII of the ICRW, without elaborating on the nature or extent of that discretion (Judgment, para. 61). Yet, as the Court points out at a later stage, it is precisely the exercise of this discretion that the Court is called upon to review (*ibid.*, para. 67).

I. The Nature and Extent of Discretion Exercisable under Article VIII of the ICRW

3. The ICRW is a historical attempt by the States parties (consisting of both whaling and non-whaling nations) to regulate whaling, in recognition of their common interest in "ensuring the conservation of all species of whales while allowing for their sustainable exploitation" (*ibid.*,

OPINION INDIVIDUELLE DE M^me^ LA JUGE SEBUTINDE

[Traduction]

Regret que la Cour n'ait pas précisé les limites du pouvoir discrétionnaire conféré aux gouvernements contractants en vertu de l'article VIII et la mesure dans laquelle la Cour est habilitée à examiner l'exercice de ce pouvoir — Regret, en particulier, que la Cour n'ait pas précisé les critères qu'elle a utilisés aux fins de déterminer si les permis spéciaux délivrés au titre de JARPA II l'ont été « en vue de recherches scientifiques » — Manquement du Japon à se conformer pleinement aux obligations procédurales prévues par le paragraphe 30 du règlement annexé à la convention.

1. Je souscris, sur le principe, aux conclusions énoncées aux points 1, 2, 3, 4, 5 et 7 du dispositif de l'arrêt et adhère de manière générale aux motifs sur lesquels elles reposent. Toutefois, j'estime que, à d'importants égards, la Cour a manqué une occasion de développer son point de vue et d'expliciter son raisonnement. Tel est notamment le cas en ce qui concerne les limites du pouvoir discrétionnaire que l'article VIII de la convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine (dénommée ci-après la «convention») confère à chaque gouvernement contractant, ainsi que la mesure dans laquelle elle est elle-même habilitée à examiner l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Selon moi, ces aspects méritaient d'être approfondis. J'ai voté par ailleurs contre la conclusion exprimée au point 6 du dispositif, selon laquelle «le Japon a respecté ses obligations au titre du paragraphe 30 du règlement annexé à la convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine dans le cadre de JARPA II», car, selon moi, les faits portés à la connaissance de la Cour ne viennent pas l'étayer. Tels sont les points précis auxquels la présente opinion sera consacrée.

2. La Cour, dans son arrêt, passe très rapidement sur la question du pouvoir discrétionnaire reconnu à l'Etat partie qui délivre un permis spécial au titre de l'article VIII de la convention, sans approfondir celle de la nature ou des limites de ce pouvoir (arrêt, par. 61). Or, comme elle l'indique plus loin, c'est précisément sur l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire qu'elle était appelée à se prononcer (*ibid.*, par. 67).

I. Nature et portée du pouvoir discrétionnaire reconnu à un État au titre de l'article VIII de la convention

3. La convention représentait une tentative historique des Etats parties (qui regroupent nations baleinières et non baleinières) de réglementer la chasse à la baleine, eu égard à leur intérêt commun «d'assurer la conservation de l'ensemble des espèces de baleines, tout en permettant leur

para. 56). To this end, the ICRW was intended to replace unregulated unilateral whaling by individual States with a system of collective regulation whereby States parties to the ICRW chose to work collectively and to abide by the obligations they assumed thereunder, in order to protect their common interests and achieve their common goals. It is against this historical background that the discretion referred to in Article VIII of the ICRW must be understood and appreciated.

4. Article VIII sets up a mechanism whereby a State party may issue special permits to conduct whaling strictly "for purposes of scientific research". In the light of the object and purpose of the ICRW, the scientific research to be conducted under such permits is intended for the benefit of not only the State issuing the permits but also the International Whaling Commission (IWC) and the international whaling community as a whole. Any whaling conducted outside the special permits is subject to the restrictions set out in the ICRW. The discretion afforded by Article VIII is thus an integral part of the collective regulatory mechanism and is necessarily limited in scope and character.

5. First, the discretion to issue special permits must be exercised judiciously or "reasonably" and in accordance with the object and purpose of the ICRW. Second, the special permits must be strictly "for purposes of scientific research". Third, the issuing State must ensure that it sets a catch limit in the permits, and lastly, the issuing State must ensure that the procedural requirements set out in paragraph 30 of the Schedule to the ICRW are complied with. In short, these are the yardsticks that the Court ought to examine in reviewing Japan's exercise of discretion in issuing special permits under Article VIII of the ICRW.

II. The Standard of Review for Determining whether a Whaling Programme Falls within the Scope of Article VIII

6. Similarly, I also consider that in stating its standard of review (see Judgment, para. 67), the Court should have elaborated upon the criteria that guided its determination of whether or not JARPA II fits within the scope of Article VIII. In my view, the criteria logically flow from the yardsticks outlined above. Furthermore, the Court should have regard to the parameters that the States parties to the ICRW consider relevant in this regard. These parameters are reflected in paragraph 30 to the Schedule, which sets out the elements that must be specified in any proposed special permit submitted for review to the Scientific Committee. They are elaborated further in the binding resolutions and Guidelines of the IWC. Among the latter, the Annex P Guidelines may be given a particular weight, since they are the most recent set of Guidelines adopted by consensus and on the basis of which JARPA II will be assessed by the

exploitation durable» (arrêt, par. 56). Dans cette optique, elle était destinée à substituer à la chasse à la baleine non réglementée pratiquée de manière unilatérale par certains Etats un mécanisme de réglementation collective, les Etats parties décidant d'œuvrer de concert et de se conformer aux obligations ainsi contractées en vue de protéger les intérêts, et de réaliser les objectifs, qui leur étaient communs. C'est dans ce contexte historique que doit être compris et évalué le pouvoir discrétionnaire visé à l'article VIII de la convention.

4. L'article VIII établit un mécanisme en vertu duquel un Etat partie ne peut délivrer un permis spécial autorisant la chasse à la baleine qu'«en vue de recherches scientifiques». Au vu de l'objet et du but de la convention, la recherche scientifique qu'il s'agit d'effectuer au titre d'un tel permis est censée profiter non seulement à l'Etat qui le délivre, mais aussi à la commission baleinière internationale (dénommée ci-après la «CBI» ou la «commission») et à la communauté baleinière internationale dans son ensemble. Toute chasse qui ne relève pas de tels permis est soumise aux restrictions prévues par la convention. Ce pouvoir discrétionnaire conféré par l'article VIII fait donc partie intégrante du mécanisme collectif de réglementation, et son contenu et sa portée sont nécessairement limités.

5. Premièrement, le pouvoir discrétionnaire de délivrer un permis spécial doit être exercé de manière judicieuse ou «raisonnable», et conformément à l'objet et au but de la convention. Deuxièmement, le permis en question doit être délivré strictement à des fins de «recherche scientifique». Troisièmement, l'Etat qui le délivre doit veiller à ce que soient fixées des limites de prises. Quatrièmement, enfin, il doit garantir le respect des obligations de nature procédurale énoncées au paragraphe 30 du règlement. Tels sont, en bref, les éléments à l'aune desquels la Cour aurait dû évaluer l'exercice, par le Japon, de son pouvoir discrétionnaire de délivrer des permis spéciaux au titre de l'article VIII de la convention.

II. Le critère d'examen permettant de déterminer si un programme de chasse à la baleine entre dans les prévisions de l'article VIII

6. Je considère de même que, en exposant son critère d'examen (voir arrêt, par. 67), la Cour aurait dû préciser les éléments d'appréciation spécifiques utilisés pour déterminer si JARPA II entrait dans les prévisions de l'article VIII, éléments qui, selon moi, découlent logiquement des principes énoncés ci-dessus. En outre, la Cour se devait de tenir compte des paramètres que les Etats parties à la convention jugent pertinents à cet égard. Ces paramètres sont énoncés au paragraphe 30 du règlement, qui indique ce que doit préciser toute proposition de permis spécial soumise à l'examen du comité scientifique, et développés dans les résolutions et les lignes directrices de la CBI, qui ont force obligatoire. Parmi celles-ci, les lignes directrices contenues dans l'annexe P méritent sans doute de se voir accorder un poids particulier puisqu'elles sont les dernières à avoir été adoptées par consensus et que c'est sur ces directives que se basera le

Scientific Committee in 2014. These criteria are set out in greater detail below.

7. In determining whether a special permit is issued "for purposes of scientific research", it is perhaps only logical that one should start by defining the term "scientific research" as used in Article VIII and elsewhere in the ICRW, since the Convention itself does not define the term. Without this first step, it is difficult to envisage how one can meaningfully determine whether a special permit is issued "for purposes of scientific research".

8. In the Judgment, the Court rightly discards the criteria proposed by Australia as to what amounts to "scientific research", noting that those criteria "appear largely to reflect what one of the experts that [Australia] called regards as well-conceived scientific research, rather than serving as an interpretation of the term as used in the Convention" (Judgment, para. 86). However, the Court then declines to give its own interpretation of the phrase, simply stating that it does not "consider it necessary to devise alternative criteria or to offer a general definition of 'scientific research'" *(ibid.)*.

9. Whilst I accept that the Court should not attempt a forensic definition of what is or is not "scientific research" (a task more suited to scientists rather than lawyers), in my view, the Court should at least have considered the ordinary grammatical (dictionary) meaning of the phrase, as a basis for the reasoning and analysis that follows in the Judgment. Although the concept of "science" is inherently vague, "scientific research" must, in its most basic sense, involve "a systematic pursuit of knowledge concerning the structure and behaviour of the physical and natural world through observation and experiment" *(The Oxford English Dictionary)*. In my view, this is a workable definition that could have been adopted as a basis for the Court's reasoning and analysis.

10. Regarding the parameters or criteria that should be taken into account in reviewing a State party's exercise of its discretion to issue special permits under Article VIII, I consider that the Court should take into account the following factors gleaned from the provisions of the ICRW, its Schedule and the binding resolutions of the IWC.

11. First, the whaling programme for which the special permit is sought must include defined research objectives as required by paragraph 30 of the Schedule. While the Schedule is silent on how precise and elaborate the stated objectives should be, some guidance can be found in this regard in Annex P, which states that research objectives should "be quantified to the extent possible". In terms of substance, the Guidelines in Annex P affirm that these objectives do not have to relate exclusively to the conservation and management of whales, but may also be directed at "improv[ing] the conservation and management of other living marine resources or the ecosystem of which the whale stocks are an integral part

comité scientifique lorsqu'il procédera à l'examen de JARPA II prévu en 2014. Ces éléments sont détaillés ci-dessous.

7. Pour déterminer si un permis spécial a été délivré «en vue de recherches scientifiques», la logique imposait sans doute de commencer par définir cette notion de «recherches scientifiques», telle qu'employée à l'article VIII ou dans d'autres dispositions de la convention, puisque celle-ci ne le fait pas. Sans cette première étape, il est difficile de voir comment on pourrait légitimement déterminer si un permis spécial a été délivré «en vue de recherches scientifiques».

8. Dans son arrêt, la Cour écarte à juste titre les critères mis en avant par l'Australie aux fins de définir la notion de «recherches scientifiques», notant que ces critères «semblent, pour l'essentiel, refléter ce que l'un des experts cités par cet Etat a indiqué attendre d'un programme de recherche scientifique bien conçu, plutôt que constituer un moyen d'interpréter la notion de «recherches scientifiques» telle qu'utilisée dans la convention» (arrêt, par. 86). Pour autant, elle se garde d'en donner sa propre interprétation, se contentant d'affirmer qu'elle «ne juge ... pas nécessaire d'établir d'autres critères ou de proposer une définition générale de cette notion» *(ibid)*.

9. Si j'admets qu'elle n'avait pas à se hasarder à offrir une définition absolument précise de ce que recouvrent les «recherches scientifiques» (tâche plus adaptée à des scientifiques qu'à des juristes), je considère néanmoins que la Cour aurait à tout le moins dû s'arrêter sur le sens grammatical ordinaire de cette notion (celui du dictionnaire), en tant que point de départ de son analyse et de son raisonnement. Si la notion de «science» est intrinsèquement floue, celle de «recherches scientifiques» implique, dans son acception première, une «recherche systématique de connaissances intéressant la structure et le fonctionnement du monde physique et naturel par l'observation et l'expérience» (définition de l'*Oxford English Dictionary*). Il me semble qu'il s'agit là d'une définition exploitable, à partir de laquelle la Cour pouvait développer son raisonnement et son analyse.

10. En ce qui concerne les paramètres ou les critères devant être pris en considération lors de l'évaluation de l'exercice que fait un Etat partie de son pouvoir discrétionnaire de délivrer des permis spéciaux au titre de l'article VIII, je considère que la Cour aurait dû tenir compte des exigences suivantes exprimées dans les dispositions de la convention, son règlement et les résolutions de la CBI ayant force obligatoire.

11. Premièrement, le programme de chasse à la baleine pour lequel le permis spécial est demandé doit, selon le paragraphe 30 du règlement, inclure des objectifs de recherche définis. Si le règlement est muet sur le degré de précision et de détail requis, il est possible de se référer à cet égard à l'annexe P, aux termes de laquelle les objectifs de recherche doivent être «quantifiés dans la mesure du possible». A propos de leur teneur, les lignes directrices contenues dans l'annexe P indiquent que ces objectifs ne doivent pas nécessairement se rapporter exclusivement à la conservation et à la gestion des baleines, la recherche pouvant également viser à «améliorer la conservation et la gestion des autres ressources

and/or, . . . test[ing] hypotheses not directly related to the management of living marine resources". In addition, any scientific research programme must be based on appropriate scientific methodology.

12. Secondly, Article VIII explicitly requires that the Contracting Government issuing a special permit for scientific research whaling must set limits on the number of whales to be killed, in addition to any other conditions it sees fit. Paragraph 30 of the Schedule requires that the permits specify the "number, sex, size and stock of the animals to be taken". While a Contracting Government enjoys considerable discretion in determining the catch limits, it must exercise that discretion consistent with the object and purpose of the ICRW, in that whales may be killed only to the extent necessary for achieving the stated goals of the scientific research programme. In this regard, Annex P, which provides some guidance on how the Scientific Committee assesses the appropriate balance between lethal and non-lethal methods, requires that the special permit proposal must provide "an assessment of why non-lethal methods . . . have been considered to be *insufficient*" (emphasis added). Thus, the use of lethal methods where non-lethal alternatives are a viable option may serve to indicate that a particular whaling programme is not genuinely designed and/or implemented "for purposes of scientific research".

13. Thirdly, the issuing State must ensure that the proposed scientific research programme is designed and implemented so as not to endanger the target whale stocks. In this regard paragraph 30 of the Schedule requires the proposed permit to specify the "possible effect [of the research programme] on conservation of [whale] stock[s]".

14. Lastly, paragraph 30 of the Schedule requires a State party to submit the proposed special permits to the Scientific Committee for prior review and comments. This procedural requirement enables the IWC and its Scientific Committee to play a monitoring role in respect of special permit whaling, while obligating the issuing State to co-operate with the IWC, a duty I elaborate upon in the paragraphs below. As stated before, it is my considered opinion that the foregoing criteria or parameters should have served to guide and inform the Court in its task stated in paragraph 67 of the Judgment, and should have been set out in the Judgment.

III. The Duty of Co-operation under Paragraph 30 of the Schedule

15. I have voted against point 6 of the operative part of the Judgment because I disagree with the reasoning and findings of the Court regarding

marines vivantes ou l'écosystème dont les peuplements baleiniers font partie intégrante [et à] mettre à l'épreuve les hypothèses qui n'ont pas de lien direct avec la gestion des ressources marines vivantes». Par ailleurs, tout programme de recherche scientifique doit reposer sur une méthode scientifique idoine.

12. Deuxièmement, l'article VIII impose expressément au gouvernement contractant qui délivre un permis spécial à des fins de recherche scientifique de fixer, outre toutes autres conditions qu'il juge opportunes, des limites au nombre de baleines à mettre à mort. Le paragraphe 30 du règlement indique que le permis doit préciser «le nombre, le sexe, la taille et la population des animaux à capturer». Si le gouvernement contractant dispose d'une latitude considérable pour fixer les limites de prises, il doit le faire d'une manière compatible avec l'objet et le but de la convention, des baleines ne devant être mises à mort que dans la mesure nécessaire à la réalisation des objectifs déclarés du programme de recherche scientifique. A cet égard, l'annexe P, qui fournit des indications quant à la perception qu'a le comité scientifique du juste équilibre à observer entre méthodes létales et non létales, indique qu'une proposition de permis spécial doit comprendre «une évaluation des raisons pour lesquelles les méthodes non létales ... sont jugées *insuffisantes*» (les italiques sont de moi). Ainsi, l'emploi de méthodes létales, lorsque des solutions non létales constituent une option viable, pourrait tendre à indiquer qu'un programme donné de chasse à la baleine n'est pas véritablement conçu ou mis en œuvre «en vue de recherches scientifiques».

13. Troisièmement, l'Etat qui délivre le permis doit s'assurer que le programme de recherche scientifique proposé est conçu et exécuté de manière à ne pas mettre en danger les stocks de baleines ciblés. A cet égard, le paragraphe 30 du règlement dispose que la proposition de permis doit indiquer «les effets potentiels [du programme de recherche] sur la conservation de la population [de baleines] concernée».

14. Enfin, le paragraphe 30 du règlement impose à l'Etat partie de soumettre au préalable la proposition de permis au comité scientifique afin que celui-ci puisse l'examiner et formuler des observations. Cette obligation procédurale permet à la CBI et à son comité scientifique d'exercer une surveillance sur la chasse à la baleine au titre d'un permis spécial, tout en obligeant l'Etat délivrant ce permis à coopérer avec la commission, une obligation sur laquelle je reviendrai dans les paragraphes suivants. Comme je l'ai déjà dit, il me semble, tout bien considéré, que tels sont les critères ou les paramètres qui auraient dû guider et éclairer la Cour dans l'accomplissement de la tâche exposée au paragraphe 67, et qu'elle aurait dû les spécifier.

III. Le devoir de coopération prévu au paragraphe 30 du règlement

15. J'ai voté contre le point 6 du dispositif de l'arrêt car je ne suis pas d'accord avec le raisonnement et les conclusions de la Cour concernant le

Japan's compliance with its obligations under paragraph 30 of the Schedule to the ICRW. In my view, that paragraph imposes more than a formal or procedural obligation to notify the Scientific Committee of certain information. The obligation entails a substantive duty of meaningful co-operation with the IWC and its subordinate organs such as the Scientific Committee. Thus in determining whether or not Japan is in breach of its obligations under paragraph 30 of the Schedule, the real issue to be addressed is not whether Japan complied with the required procedures in relation to JARPA II but rather, whether Japan fulfilled its obligation of meaningful co-operation with the IWC in relation to that programme. I examine this issue in greater detail below.

16. It will be recalled that under the ICRW system of collective regulation, the IWC (and its subsidiary bodies such as the Scientific Committee) play a crucial role in regulating whaling. The IWC does so through amendments to the Schedule to the ICRW, for example, by designating protected species and ocean sanctuaries, and setting annual catch limits. The IWC is also entrusted with monitoring scientific research whaling. It is this role of the IWC, when viewed in the overall context of the object and purpose of the ICRW, that forms the basis of the duty of co-operation by the States parties. As part of this duty of co-operation, a Contracting Government is required under Article VIII of the ICRW to "report at once" to the IWC all authorizations that it has granted for special permit whaling, and secondly, to transmit to the Scientific Committee, "in so far as practicable and at intervals of not more than one year", scientific information available to that Government resulting from the scientific research conducted pursuant to those permits. (See Art. VIII, paras. 1 and 3.)

17. Furthermore, paragraph 30 of the Schedule, which forms an integral part of the ICRW, was introduced as a procedural guarantee to ensure that States parties do not circumvent the duty of co-operation envisaged under Article VIII. Paragraph 30 thus obliges a Contracting Government, before it issues the special permits, to submit them to the IWC "in sufficient time to allow the Scientific Committee to review and comment on them". In turn, the Scientific Committee is mandated to review and comment upon the proposed special permits and to submit its report and recommendations thereon to the IWC. The IWC may, in turn, make recommendations to the Contracting Government in relation to the proposed permit. (See paragraph 30 of the Schedule and Rule M (4 *(a)*) of the IWC's Rules of Procedure.) There is therefore a link between the Article VIII obligations of notification, reporting and dissemination of scientific information on the one hand, and the obligations of prior review in paragraph 30 of the Schedule, on the other. Thus, while the gathering and dissemination of scientific information is central to the functioning of the IWC and forms part of the system of collective regulation under the ICRW, the review procedures under paragraph 30 serve as the mecha-

respect par le Japon des obligations qui lui incombent au titre du paragraphe 30 du règlement annexé à la convention. Selon moi, l'obligation imposée par ce paragraphe ne se résume pas à une nécessité formelle et procédurale de communiquer certaines informations au comité scientifique, mais implique un devoir substantiel de coopération effective avec la commission et ses organes subsidiaires, notamment le comité scientifique. Dès lors, pour déterminer si le Japon a manqué aux obligations qui sont les siennes en vertu du paragraphe 30 du règlement, la véritable question qui se pose est celle de savoir non pas si le Japon a suivi les procédures voulues en ce qui concerne JARPA II, mais s'il a honoré son obligation de coopérer d'une façon effective avec la commission dans le cadre de ce programme. Tel est le point que je me propose d'approfondir maintenant.

16. Rappelons que, dans le cadre du régime de réglementation collective institué par la convention, la commission (et ses organes subsidiaires, tels que le comité scientifique) joue un rôle essentiel en matière de réglementation de la chasse à la baleine, en imposant, par le biais de modifications du règlement, la protection d'espèces données et l'établissement de zones de refuge, et en fixant les limites annuelles des prises. La commission est également chargée du suivi de la chasse à la baleine menée à des fins scientifiques. C'est ce rôle de la CBI, considéré dans le contexte global de l'objet et du but de la convention, qui est à la base du devoir de coopération incombant aux Etats parties. A cet égard, l'article VIII de la convention fait ainsi obligation à chaque gouvernement contractant de «porter immédiatement à la connaissance» de la commission toutes les autorisations de pratiquer la chasse au titre d'un permis spécial qu'il aura accordées et de transmettre au comité scientifique, «[d]ans toute la mesure du possible [et] à des intervalles d'un an au maximum», les renseignements de caractère scientifique qu'il aura obtenus grâce aux recherches effectuées en vertu d'un tel permis. (Voir art. VIII, par. 1 et 3.)

17. En outre, le paragraphe 30 du règlement, qui fait partie intégrante de la convention, a été introduit en tant que garantie procédurale devant permettre d'assurer que les Etats parties ne se soustrairaient pas au devoir de coopération prévu à l'article VIII. Ce paragraphe fait ainsi obligation aux gouvernements contractants de soumettre à la CBI leurs propositions de permis spéciaux «avant leur délivrance et dans un délai suffisant pour permettre au comité scientifique de les examiner et de formuler un avis» à leur égard. Le comité scientifique, quant à lui, est chargé d'examiner et de commenter les propositions de permis spéciaux, et soumet à la CBI des rapports et des recommandations à ce propos. La commission peut à son tour adresser des recommandations au gouvernement contractant en rapport avec les propositions de permis. (Voir paragraphe 30 du règlement et point M 4 *a)* du règlement interne de la CBI.) Il existe donc un lien entre, d'une part, les obligations de notifier, de faire rapport et de diffuser les renseignements scientifiques que prévoit l'article VIII et, d'autre part, l'obligation de procéder à un examen préliminaire que prévoit le paragraphe 30 du règlement: si la collecte et la diffusion d'informations scientifiques sont au cœur de la mission de la CBI et font partie intégrante du

nism through which special permit whaling may be monitored and the collective interests of the States parties protected.

18. The review procedure under paragraph 30 is designed to ensure that Article VIII is applied as the parties to the ICRW intended it to. Accordingly, all aspects of a proposed special permit are subject to prior review by the Scientific Committee, including the objectives of the research programme, the number, sex, size and stock of the animals to be taken, opportunities for participation in the research by scientists of other nations, and possible effect on conservation of whale stocks. The duty of co-operation by States parties must be viewed and appreciated in light of the above provisions, and in the context of the overall objectives of the ICRW. In this context, meaningful co-operation requires a State party to do the following:

(a) to submit to the IWC the proposed special permits before they are issued and in sufficient time to allow the Scientific Committee to review and comment on them;

(b) to provide to the IWC, in relation to the proposed permits, the information specified in paragraph 30 *(a)* to *(d)* of the Schedule;

(c) to give due consideration, in good faith, to the views and recommendations of the IWC, with a readiness to modify the terms of the special permits or the decision to issue them, taking into account such recommendations;

(d) on an annual basis, to keep the Scientific Committee informed of the progress and results of scientific research conducted under the special permits, including by providing accurate information regarding any modifications in the implementation of the research programme; and

(e) to offer opportunities for collaboration to other researchers within the international scientific community.

19. Assessed against these benchmarks, the evidence in the present case clearly shows the following shortcomings in relation to JARPA II. First, against the recommendation of the IWC that no additional Japanese special permit programmes be conducted in the Antarctic until the Scientific Committee had completed an in-depth review of the results of JARPA, Japan launched JARPA II before the Scientific Committee had completed a review of JARPA (see, for example, IWC resolutions 2003-3 and 2005-1). Secondly, there is no indication that Japan has duly considered the IWC comments and recommendations in respect of certain controversial aspects of JARPA II such as its resort to lethal methods (see, for example, IWC resolutions 2005-1 and 2007-1). Thirdly, although the JARPA II Plan provided the essential information required under paragraph 30 of the Schedule, much of the information is not detailed enough

système de réglementation collective établi par la convention, les procédures d'examen prévues au paragraphe 30 représentent le mécanisme permettant d'assurer un suivi de la chasse pratiquée au titre d'un permis spécial et de protéger les intérêts collectifs des Etats parties.

18. La procédure d'examen prévue au paragraphe 30 vise à garantir que l'article VIII sera appliqué comme l'entendaient les auteurs de la convention. Tous les aspects d'une proposition de permis spécial sont donc soumis à l'examen préalable du comité scientifique, y compris les objectifs du programme de recherche, le nombre, le sexe, la taille, la population des animaux à capturer, les possibilités données à des scientifiques d'autres pays de participer aux travaux de recherche et les effets potentiels de la chasse sur la conservation des stocks de baleines. Le devoir de coopération incombant aux Etats parties doit être compris et apprécié à la lumière des dispositions ci-dessus, et dans le contexte des objectifs globaux poursuivis par la convention. A cet égard, une coopération effective impose à un Etat partie :

a) de soumettre à la commission les propositions de permis spéciaux avant leur délivrance et dans un délai suffisant pour permettre au comité scientifique de les examiner et de les commenter ;

b) de fournir à la commission, en ce qui concerne les propositions de permis, les informations spécifiées aux alinéas *a)* à *d)* du paragraphe 30 du règlement ;

c) de prendre dûment en considération, de bonne foi, les avis et les recommandations de la commission, en étant prêts à modifier en conséquence les dispositions des permis en question ou la décision de les délivrer ;

d) de tenir le comité scientifique informé chaque année de l'état d'avancement et des résultats de la recherche scientifique menée au titre de permis spéciaux, notamment en fournissant des informations exactes concernant toute modification de la mise en œuvre du programme de recherche ; et

e) d'offrir des possibilités de collaboration à d'autres chercheurs de la communauté scientifique internationale.

19. A l'aune de ces exigences, il ressort clairement du dossier de l'affaire que JARPA II présente un certain nombre de manquements. Premièrement, nonobstant la recommandation de la commission l'exhortant à ne lancer aucun nouveau programme de chasse à la baleine au titre de permis spéciaux dans l'Antarctique tant que le comité scientifique n'aurait pas mené à bien un examen approfondi des résultats de JARPA, le Japon a entrepris de mettre en œuvre JARPA II avant la fin des travaux du comité (voir, par exemple, les résolutions 2003-3 et 2005-1 de la CBI). Deuxièmement, rien n'indique que le Japon ait dûment tenu compte des commentaires et des recommandations de la commission concernant certains aspects controversés de JARPA II, tel le recours à des méthodes létales (voir, par exemple, les résolutions 2005-1 et 2007-1 de la CBI). Troisièmement, bien que le plan de JARPA II fournisse l'essentiel des informations

to be considered compliant with the relevant IWC guidelines, a shortcoming likely to hamper the Scientific Committee's upcoming review of JARPA II. Fourthly, Japan has failed to submit the specific special permits issued in respect of JARPA II to the Scientific Committee for prior review, as required by paragraph 30. Given that these permits are virtual replicas of the permits issued under JARPA and that JARPA II differs in implementation at least, from its predecessor, it is imperative that the Scientific Committee ought to have had prior opportunity to review and comment on them. Fifthly, as noted in the Judgment (para. 222), apart from reference to collaboration with Japanese research institutes in relation to JARPA I, there is no evidence of co-operation between JARPA II and other domestic and international research institutions other than an undertaking, in the JARPA II Plan, that "[p]articipation of foreign scientists will be welcomed, so long as they meet the qualifications established by the Government of Japan".

20. In view of the above shortcomings and having regard to the duty incumbent upon States parties to meaningfully co-operate with the IWC, I am unable to join the majority in finding that "Japan has complied with its obligations under paragraph 30 of the Schedule to the [ICRW] with regard to JARPA II".

(Signed) Julia SEBUTINDE.

requises en vertu du paragraphe 30 du règlement, une grande partie d'entre elles ne sont pas suffisamment détaillées pour pouvoir être considérées comme conformes aux lignes directrices pertinentes de la commission, carence qui risque d'entraver l'examen de JARPA II que le comité scientifique doit entreprendre prochainement. Quatrièmement, le Japon n'a pas soumis les permis spéciaux délivrés pour JARPA II à l'examen préalable du comité scientifique, contrairement aux prescriptions du paragraphe 30. Etant donné que ces permis sont quasiment identiques à ceux délivrés au titre de JARPA et que, dans sa mise en œuvre au moins, JARPA II se distingue de son prédécesseur, il était impératif que le comité scientifique ait la possibilité de les examiner et de les commenter au préalable. Cinquièmement, comme il est noté au paragraphe 222 de l'arrêt, s'il existe des preuves d'une collaboration entre les chercheurs de JARPA et ceux des instituts de recherche japonais, rien ne démontre l'existence d'une coopération entre les chercheurs de JARPA II et ceux d'autres instituts de recherche nationaux et internationaux en dehors d'un engagement figurant dans le plan de JARPA II, indiquant que «la participation de scientifiques étrangers sera la bienvenue, à condition que ceux-ci remplissent les conditions d'admissibilité établies par le Gouvernement japonais».

20. En raison de ces manquements, et au regard du devoir incombant aux Etats parties de coopérer de manière effective avec la commission, je ne puis m'associer à la majorité pour conclure que «le Japon a respecté ses obligations au titre du paragraphe 30 du règlement annexé à la convention — dans le cadre de JARPA II».

(Signé) Julia SEBUTINDE.

SEPARATE OPINION OF JUDGE BHANDARI

Paragraph 30 of the Schedule to the International Convention for the Regulation of Whaling — Duty of States parties to the Convention to co-operate with the International Whaling Commission and its Scientific Committee is implied by paragraph 30 and its accompanying Guidelines — Duty of co-operation is to be given a broad and purposive construction — Japan's formal compliance with paragraph 30 and the Guidelines does not amount to substantive compliance — Japan has consequently breached paragraph 30 of the Schedule — Characterization of JARPA II as a commercial whaling programme — JARPA II's failure to qualify as a programme for purposes of scientific research under Article VIII, paragraph 1, of the Convention necessarily renders it a commercial whaling programme — Evidentiary record strongly supports the conclusion that JARPA II is a commercial enterprise — The Court ought to have made an affirmative pronouncement that JARPA II is a commercial whaling programme.

Introduction

1. I generally agree with conclusions reached by the majority, and thus have voted in favour of all but one of the operative clauses contained in the *dispositif* of the present Judgment. However, for reasons I shall expand upon presently, I cannot agree with the majority's conclusion that Japan has complied with paragraph 30 of the Schedule to the International Convention for the Regulation of Whaling ("ICRW" or "Convention").

2. Moreover, while I concur with the majority that JARPA II is not a programme for purposes of scientific research in accordance with Article VIII, paragraph 1, of the ICRW, I feel that the evidentiary record in these proceedings plainly demonstrates that JARPA II is a commercial enterprise. As I shall endeavour to explain hereunder, in my view it would have been appropriate for the Court to make a formal finding to that effect.

I. Paragraph 30 of the Schedule to the ICRW

3. Article III of the Convention establishes the International Whaling Commission ("IWC" or "Commission"), which is responsible for, *inter alia*, monitoring and regulating the study of whale stocks and the activities of the whaling industry (Articles IV-VI of the Convention). Since 1950, the Commission has been assisted in the execution of this broad mandate by a body known as the Scientific Committee (Judgment, para. 47).

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE BHANDARI

[Traduction]

Paragraphe 30 du règlement annexé à la convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine — Devoir incombant aux Etats parties à la convention de coopérer avec la commission baleinière internationale et son comité scientifique découlant logiquement des dispositions du paragraphe 30 et des lignes directrices qui le complètent — Nécessité d'interpréter le devoir de coopération dans un sens large et téléologique — Respect, par le Japon, de la lettre du paragraphe 30 et des lignes directrices n'équivalant pas au respect de l'esprit de celles-ci — Violation du paragraphe 30 du règlement qui en découle — Nature commerciale du programme de chasse à la baleine mené au titre de JARPA II — Nature commerciale de JARPA II découlant logiquement du fait que celui-ci ne peut être considéré comme un programme mené en vue de recherches scientifiques au sens du paragraphe 1 de l'article VIII de la convention — Conclusion relative à la nature commerciale de JARPA II solidement étayée — Regret que la Cour n'ait pas qualifié JARPA II de programme de chasse à la baleine à des fins commerciales.

INTRODUCTION

1. Je souscris de manière générale aux conclusions auxquelles a abouti la majorité, raison pour laquelle, à une exception près, j'ai voté en faveur de tous les points du dispositif. Toutefois, pour des motifs que je vais ici développer, je ne puis faire mienne la conclusion de la majorité selon laquelle le Japon s'est conformé aux dispositions du paragraphe 30 du règlement de la convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine (dénommée ci-après la «convention»).

2. En outre, si je conviens avec la majorité que JARPA II n'est pas un programme mené en vue de recherches scientifiques au sens du paragraphe 1 de l'article VIII de la convention, je considère même, à l'examen du dossier, qu'il relève d'une entreprise commerciale. Pour les raisons que je voudrais ici préciser, il aurait, selon moi, été bon que la Cour en prenne acte formellement.

I. LE PARAGRAPHE 30 DU RÈGLEMENT ANNEXÉ À LA CONVENTION

3. L'article III de la convention institue une commission baleinière internationale (dénommée ci-après la «CBI» ou «commission») chargée, entre autres choses, du suivi et de la réglementation des recherches sur les stocks de baleines et des activités de l'industrie baleinière (articles IV à VI de la convention). Depuis 1950, la commission est assistée dans l'exécution de ce mandat très général par un comité scientifique (arrêt, par. 47).

4. Under paragraph 30 of the Schedule to the Convention, a principal responsibility of the Scientific Committee is to review and comment upon special permits issued pursuant to Article VIII, paragraph 1, of the ICRW. Paragraph 30 reads as follows:

> "A Contracting Government shall provide the Secretary to the International Whaling Commission with proposed scientific permits before they are issued and in sufficient time to allow the Scientific Committee to review and comment on them. The proposed permits should specify:
>
> *(a)* objectives of the research;
> *(b)* number, sex, size and stock of the animals to be taken;
> *(c)* opportunities for participation in the research by scientists of other nations; and
> *(d)* possible effect on conservation of stock.
>
> Proposed permits shall be reviewed and commented on by the Scientific Committee at Annual Meetings when possible . . . Preliminary results of any research resulting from the permits should be made available at the next Annual Meeting of the Scientific Committee."

5. According to Article I, paragraph 1, of the ICRW, the Schedule forms an integral part of the Convention. For this reason, paragraph 30, being binding authority, is the primary legal provision governing procedural compliance with the special permit review process. However, this somewhat terse régime has been significantly expanded upon by what is commonly referred to as "Annex P", a set of procedural "Guidelines" endorsed by the Commission (Judgment, para. 47) through its power to issue recommendations "which relate to whales or whaling and to the objectives and purposes of this Convention" under Article VI of the Convention. Although technically hortatory in nature, because Annex P was adopted by consensus, it provides weighty guidance as to the protocols to be followed in submitting and reviewing prospective scientific permits issued by a State party to the Convention under Article VIII, paragraph 1.

6. The majority has found that JARPA II is in compliance with the timing requirements of paragraph 30 because "Japan submitted the JARPA II Research Plan for review by the Scientific Committee in advance of granting the first permit for the programme", and because the Parties do not dispute that subsequent permits issued under JARPA II on the basis of that original Research Plan have been reported "at once to the Commission" (*ibid.*, para. 238). As to the substantive components of paragraph 30 (i.e., subparas. *(a)*-*(d)*), the majority finds that these have been "set[ ] forth"(*ibid.*, para. 239) in the Research Plan.

4. En vertu du paragraphe 30 du règlement annexé à la convention, le comité scientifique est essentiellement chargé d'examiner et de commenter les permis spéciaux délivrés conformément au paragraphe 1 de l'article VIII de la convention. Le paragraphe 30 se lit comme suit :

> «Il appartient à tout gouvernement contractant de fournir au secrétaire de la commission baleinière internationale ses propositions de permis scientifiques avant leur délivrance et dans un délai suffisant pour permettre au comité scientifique de les examiner et de formuler un avis à ce sujet. Les propositions de permis doivent préciser :
>
> *a)* les objectifs de la recherche ;
> *b)* le nombre, le sexe, la taille et la population des animaux à capturer ;
> *c)* les possibilités de participation aux recherches de scientifiques provenant d'autres pays ; et
> *d)* les effets potentiels de cette chasse sur la conservation de la population concernée.
>
> Les propositions de permis font l'objet d'un examen et de commentaires du comité scientifique lors des réunions annuelles dans la mesure du possible ... Les résultats préliminaires de toute recherche issue des permis sont présentés lors de la réunion annuelle suivante du comité scientifique.»

5. D'après le paragraphe 1 de l'article premier, le règlement fait partie intégrante de la convention. Le paragraphe 30, qui a force obligatoire, est donc la principale disposition juridique régissant le respect de la procédure applicable à l'examen des permis spéciaux. Toutefois, ce régime quelque peu sommaire a été considérablement étoffé dans un document communément appelé l'«annexe P», qui renferme une série de «lignes directrices» de nature procédurale endossées par la commission (arrêt, par. 47) en application du pouvoir que lui confère l'article VI de la convention de formuler des recommandations «à propos de questions ayant trait soit aux baleines et à la chasse à la baleine, soit aux objectifs et aux buts de» cet instrument. Bien qu'elle n'ait, techniquement, que valeur d'incitation, l'annexe P, en tant qu'elle a été adoptée par consensus, fournit d'importantes indications sur les protocoles à suivre s'agissant pour un Etat partie à la convention de soumettre, et pour le comité scientifique d'examiner, les propositions de permis scientifiques relevant du paragraphe 1 de l'article VIII.

6. La majorité a estimé que JARPA II satisfaisait aux conditions qu'impose le paragraphe 30 en matière de calendrier, dès lors que «le Japon a soumis le plan de recherche de JARPA II à l'examen du comité scientifique avant de délivrer le premier permis au titre de ce programme», et parce que les Parties ne contestent pas que les permis délivrés par la suite dans le cadre de JARPA II sur la base de ce plan de recherche initial ont été portés «immédiatement à la connaissance de la commission» (*ibid.*, par. 238). En ce qui concerne les conditions substantielles imposées par le paragraphe 30 (alinéas *a)* à *d)*), la majorité estime que les informations requises ont été «fourni[es]» (*ibid.*, par. 239) dans le plan de recherche.

7. I regret that I must respectfully dissent from the view of the majority on this point. I can accept that the information provided by Japan, and relied upon by the majority, may at the most constitute *formal* compliance with paragraph 30. However, in view of the significant expansion of this régime by Annex P, I believe that *substantive* compliance with paragraph 30 encompasses an implicit duty to co-operate with the Commission and the Scientific Committee by providing information that is reflective of the evolving character of JARPA II. Indeed, a duty to co-operate emanating from paragraph 30 and Annex P was recognized by both Parties and the intervening State, and was endorsed as an imperative interpretative principle by the Court in the present Judgment (para. 240). Given the broad consensus of opinion on this point, I cannot share the majority's conclusion that Japan's perfunctory compliance with the strict letter of paragraph 30 is consonant with the apparent broad and purposive scope of this duty to co-operate.

8. As I shall explain in the ensuing analysis, I take the position that Japan's failure to abide by its duty to co-operate under paragraph 30 is evident from an analysis of the *chapeau* of that provision and at least three out of its four substantive subparagraphs. I shall address each of these shortcomings in turn.

1. The Chapeau of Paragraph 30 of the Schedule

9. The *chapeau* of paragraph 30 requires that "[a] Contracting Government shall provide the Secretary to the International Whaling Commission with proposed scientific permits before they are issued *and in sufficient time to allow the Scientific Committee to review and comment on them*" (emphasis added). It is true that the Parties do not contest the fact that Japan submitted the JARPA II Research Plan in March 2005, that it was reviewed by the Scientific Committee prior to the launch of JARPA II in November 2005, and that the annual issuance of special permits under JARPA II was promptly reported to the Scientific Committee during the life of the programme (Judgment, paras. 109 and 238). However, it is to be recalled that 63 Scientific Committee participants declined to take part in the 2005 review of the JARPA II Research Plan, citing the need for the Committee to complete its final review of the original JARPA programme before the new proposal could be assessed (*ibid.*, para. 241). Indeed, although Japan launched JARPA II in November 2005, it was not until December 2006 that a final review of JARPA by the Committee was conducted (*ibid.*, para. 105).

10. I believe a truly co-operative approach on the part of Japan would have entailed a proper dialogue with the Committee concerning the scientific output of JARPA with the aim of possibly revising JARPA II prior to its launch. Instead, the relevant history evinces what I can only describe as a rush to renew what effectively amounted to a replication of its prior

7. Je regrette de devoir me désolidariser de la majorité sur ce point. Tout au plus pourrais-je conclure d'après les informations fournies par le Japon, sur lesquelles s'est fondée la majorité, que les dispositions du paragraphe 30 ont été *formellement* respectées. Toutefois, compte tenu de l'élargissement considérable de ce régime en vertu de l'annexe P, j'estime que, *sur le fond*, le respect de ces dispositions couvre implicitement le devoir du Japon de coopérer avec la commission et le comité scientifique en fournissant des informations rendant compte de l'évolution de JARPA II. Au demeurant, les deux Parties et l'Etat intervenant ont reconnu que le paragraphe 30 et l'annexe P prévoyaient un tel devoir, que la Cour, dans l'arrêt, a de surcroît érigé en principe d'interprétation incontournable (par. 240). Compte tenu du consensus général sur ce point, je ne puis faire mienne la conclusion de la majorité selon laquelle le respect de pure forme, par le Japon, de la seule lettre du paragraphe 30 satisferait à un devoir de coopérer qui, manifestement, doit être interprété dans un sens plus vaste, en fonction de son objet.

8. L'analyse du chapeau de cette disposition et d'au moins trois de ses quatre alinéas de nature substantielle montre bien en quoi le Japon ne se conforme nullement au devoir de coopération que lui impose le paragraphe 30. J'examinerai à tour de rôle chacun des manquements constatés.

1. Le chapeau du paragraphe 30 du règlement

9. Le chapeau du paragraphe 30 dispose qu'«[i]l appartient au gouvernement contractant de fournir au secrétaire de la commission baleinière internationale ses propositions de permis scientifiques avant leur délivrance *et dans un délai suffisant pour permettre au comité scientifique de les examiner et de formuler un avis à ce sujet*» (les italiques sont de moi). Certes, les Parties n'ont pas contesté que le Japon ait soumis le plan de recherche de JARPA II en mars 2005 et que ce plan ait été examiné par le comité scientifique avant le lancement du programme en novembre 2005, ni que les permis spéciaux délivrés chaque année dans le cadre de JARPA II aient été immédiatement portés à la connaissance du comité scientifique tout au long du déroulement de ce programme (arrêt, par. 109 et 238). Toutefois, il convient de rappeler que soixante-trois membres du comité scientifique ont décidé de ne pas participer à l'examen du plan de recherche de JARPA II en 2005, arguant que le comité ne pouvait examiner le nouveau projet sans avoir, au préalable, mené à bien l'évaluation finale de JARPA (*ibid.*, par. 241). Or, alors que JARPA II a été lancé par le Japon au mois de novembre 2005, ce n'est qu'en décembre 2006 que le comité a réalisé cette évaluation finale (*ibid.*, par. 105).

10. A mes yeux, le Japon aurait démontré un réel esprit de coopération en acceptant de participer à un dialogue digne de ce nom avec le comité sur les réalisations scientifiques de JARPA, dans l'idée de reviser au besoin JARPA II avant son lancement. Or, ressort-il du dossier, il s'est au contraire précipité — je ne vois pas d'autre terme — pour renouveler ce

"scientific" whaling programme — only this time with an indefinite mandate — well before any critical review of said programme could take place. For these reasons, I find that the duty to co-operate implicit in the *chapeau* of paragraph 30 has been violated by Japan.

2. Paragraphs 30 (a) *and* (b) *of the Schedule*

11. My review of the evidentiary record leads me to the firm conclusion that Japan has failed in its duty to co-operate with the IWC and its Scientific Committee in accordance with paragraph 30, by not providing timely and accurate information pertaining to the objectives of its ostensible research (subpara. *(a)*), as well as the quantitative and qualitative dimensions of the whales to be killed pursuant to JARPA II permits (subpara. *(b)*). To that end, it is to be recalled that the JARPA II Research Plan, promulgated in 2005 and under which Japan has been issuing its special permits until the close of proceedings in this case, has never been altered (Judgment, para. 209). Similarly, the permits issued annually by Japan under this programme have remained identical in their descriptive contents *(ibid.)*. This despite the fact that since the inception of JARPA II, the programme has seen a marked decline in the actual output of the programme vis-à-vis its originally stated goals.

12. Indeed, the JARPA II Research Plan, in its stated pursuit of a programme that would, *inter alia*, engage in "[m]onitoring of the Antarctic ecosystem"[1] and construct a "[m]odelling competition among whale species"[2], mandates a perennial take of 850 minke whales (plus or minus ten per cent), 50 fin whales and 50 humpback whales. However, in reality, during the entire lifespan of the programme JARPA II has taken *zero* humpback whales (Judgment, para. 201). As to fin whales, JARPA II took a paltry *combined* total of *18* during the *first seven seasons* of the programme, and a mere zero to three were captured annually in subsequent years *(ibid.)*. Moreover, while Japan caught 853 minke whales during the inaugural 2005-2006 pelagic season under JARPA II in accordance with the stated objectives of the programme, these numbers have dropped precipitously in recent years. At the time of the close of proceedings in this case, the evidentiary record revealed that an average of approximately 450 minke whales (or barely half the target established under the original and unchanged Research Plan) had been killed each year under JARPA II, with those numbers plummeting in the latter years of the programme (to wit, 170 minke whales were killed in the 2010-2011 season and 103 minke whales were killed in the 2012-2013 season) (*ibid.*, para. 202).

13. In my opinion, the manifest and repetitive failure of JARPA II to achieve its ambitiously stated original objectives warrants more than a

[1] Memorial of Australia, Vol. III, Ann. 105, p. 160.
[2] *Ibid.*, p. 161.

qui n'était de fait qu'une réplique de son précédent programme de chasse «scientifique» — à cela près que, cette fois, son mandat était illimité — bien avant que toute évaluation critique de ce programme n'eût pu avoir lieu. Pour ces raisons, j'estime que le devoir de coopération que prévoit implicitement le chapeau du paragraphe 30 a été violé par le Japon.

2. Alinéas a) *et* b) *du paragraphe 30 du règlement*

11. A l'examen du dossier, j'ai acquis la ferme conviction, en ne fournissant pas en temps voulu des informations exactes sur les objectifs de la recherche qu'il prétendait réaliser (alinéa *a)*), non plus que d'éléments quantitatifs et qualitatifs sur les baleines qu'il s'agissait de tuer en vertu de permis délivrés dans le cadre de JARPA II (alinéa *b)*), que le Japon avait manqué à son devoir de coopérer avec la CBI et son comité scientifique conformément au paragraphe 30. A cet égard, il convient de rappeler que le plan de recherche de JARPA II, en vertu duquel le Japon n'a cessé, depuis sa promulgation en 2005, de délivrer des permis spéciaux tout le temps qu'a duré la procédure en l'espèce, n'a jamais été modifié (arrêt, par. 209). De même le contenu descriptif des permis délivrés chaque année par le Japon au titre de ce programme est-il resté inchangé *(ibid.)*, et ce, en dépit d'un nombre de prises effectives, depuis le lancement de JARPA II, très en deçà des objectifs initialement annoncés.

12. Le plan de recherche de JARPA II, dans le cadre d'un programme notamment censé assurer un «suivi de l'écosystème de l'Antarctique»[1] et établir une «modélisation de la concurrence entre espèces de baleines»[2], prévoyait en effet des prises annuelles chiffrées à 850 pour les petits rorquals (plus ou moins 10%), 50 pour les rorquals communs et 50 pour les baleines à bosse. Or, de fait, *pas une seule* baleine à bosse n'a été mise à mort pendant la totalité du déroulement du programme (arrêt, par. 201). Quant aux rorquals communs, il n'en a, *en tout et pour tout*, été prélevé que *18* spécimens au cours des *sept premières saisons* du programme, après quoi les prises ont varié de zéro à trois par an *(ibid.)*. En outre, si le Japon a prélevé, dans le cadre de JARPA II, 853 petits rorquals au cours de la première saison pélagique 2005-2006, conformément aux objectifs annoncés, ces chiffres ont récemment accusé une baisse brutale. A l'heure de la clôture de la procédure en l'affaire, le nombre moyen de petits rorquals tués chaque année dans le cadre de JARPA II aura oscillé autour de 450 (soit à peine la moitié des objectifs de capture établis au titre du plan de recherche initial, resté inchangé), chiffre qui a encore chuté au cours des dernières années du programme (170 petits rorquals ayant été tués au cours de la saison 2010-2011 et 103 au cours de la saison 2012-2013) (*ibid.*, par. 202).

13. Selon moi, les objectifs ambitieux annoncés dans le cadre de JARPA II n'ayant, à plusieurs reprises, pas été atteints, il y avait lieu de ne

[1] Mémoire de l'Australie, vol. III, annexe 105, p. 160.
[2] *Ibid.*, p. 161.

rote annual recitation of what are now clearly outmoded catch projections as contained in the original 2005 Research Plan. Consequently, I find that the duty to co-operate implied in paragraphs 30 *(a)-(b)* and Annex P requires, *at the very least*, the submission by Japan of a revised JARPA II Research Plan and/or revised annual special permits bearing some semblance with the reality of the programme's performance. Consequently. Japan's failure to do either constitutes a material breach of this duty.

3. Paragraph 30 (c) *of the Schedule*

14. Paragraph 30 *(c)* of the Schedule states that proposed scientific permits to be issued pursuant to Article VIII, paragraph 1, of the Convention shall state what opportunities for participation by scientists of other nations have been provided for in the research programme. The majority acknowledges that in the course of these proceedings, Japan has adduced no evidence of any co-operation with scientists of other nations under JARPA II (Judgment, para. 222), yet stops short of any finding that Japan has failed to comply with paragraph 30. Rather, the majority admonishes Japan that "some further evidence of co-operation between JARPA II and other . . . international research institutions could have been expected" *(ibid.)*.

15. Contrary to the view of the majority, I believe that the conspicuous dearth of peer review by scientists of other nations seriously undermines any conclusion that Japan has complied with its duty to co-operate under paragraph 30 *(c)* of the Schedule. In this regard, I endorse the opinion of the witness-expert for Australia, Professor Mangel, who testified that "scientific opinion can be wrong, but reliable science responds to valid criticism, which is how science advances"[3]. I further find that the following submission by Australia captures the situation succinctly:

> "Peer review in scientific research . . . leads to a *continuous process of revision and amendment of the research* as necessary. *There is no indication of Japan adopting any such approach.* Japan commenced JARPA II without proper peer review, and continues it without substantial adjustment, despite serious and sustained criticism from members of the scientific community that its objectives and methods are flawed and likely to fail. It is thus unsurprising that JARPA II has produced a paucity of peer reviewed results, as did its predecessor JARPA."[4]

[3] Memorial of Australia, Vol. 1, para. 5.83 and note 687.
[4] *Ibid.*, para. 5.83; emphasis added.

pas se contenter d'une simple répétition mécanique, d'une année sur l'autre, des projections en matière de prises contenues dans le plan de recherche initial de 2005, devenues entre-temps clairement obsolètes. Je considère donc que le devoir de coopération qu'impliquent les alinéas *a)* et *b)* du paragraphe 30 et l'annexe P imposait *à tout le moins* au Japon de soumettre un plan de recherche de JARPA II et/ou des permis spéciaux annuels revisés présentant un seuil de rapport avec la réalité de la mise en œuvre du programme. En ne présentant de revision ni de l'un ni des autres, le Japon a donc commis une violation substantielle de ce devoir.

3. *Alinéa* c) *du paragraphe 30 du règlement*

14. L'alinéa *c)* du paragraphe 30 du règlement indique que les propositions de permis scientifiques délivrés au titre du paragraphe 1 de l'article VIII de la convention doivent préciser les possibilités de participation aux recherches de scientifiques d'autres pays qu'offre le programme en question. La majorité reconnaît que, dans la présente instance, le Japon n'a fourni aucune preuve de coopération avec des scientifiques d'autres pays dans le cadre de JARPA II (arrêt, par. 222), mais se garde pour autant de conclure que le Japon a manqué aux obligations que lui impose le paragraphe 30. Elle se contente de lui adresser cette admonestation : « [I]l était permis d'escompter que le Japon fournirait davantage d'exemples de coopération entre ce programme et d'autres organismes de recherche ... internationaux. » *(Ibid.)*

15. A la différence de mes collègues de la majorité, j'estime que cette absence flagrante d'évaluation par des scientifiques d'autres pays met sérieusement à mal la conclusion selon laquelle le Japon a honoré le devoir de coopération lui incombant en vertu de l'alinéa *c)* du paragraphe 30 du règlement. A cet égard, je fais mien l'avis exprimé par le témoin-expert de l'Australie, le professeur Mangel, d'après lequel « un avis scientifique peut être faux, mais un scientifique rigoureux répondra aux critiques valides, et c'est ainsi que la science progresse »[3]. J'estime en outre que cette observation de l'Australie résume bien la situation :

> « [E]n matière de recherche scientifique, l'examen par les pairs conduit ... à un *processus continu de revision et de modification des recherches* en tant que de besoin. *Or rien n'indique que le Japon ait adopté une telle démarche.* Ce dernier a lancé le programme JARPA II sans réel examen par les pairs, et continue à le mettre en œuvre sans rectification notable, en dépit des vives critiques constamment émises par des membres de la communauté scientifique, qui affirment que ses objectifs et ses méthodes sont inappropriés et probablement voués à l'échec. Il n'est donc pas étonnant que, tout comme son prédécesseur, le programme JARPA II ait produit extrêmement peu de résultats ayant fait l'objet d'un examen par les pairs. »[4]

[3] Mémoire de l'Australie, vol. 1, par. 5.83, et note 687.
[4] *Ibid.*, par. 5.83 ; les italiques sont de moi.

16. In my respectful view, the majority ought to have concluded that JARPA II's failure to collaborate in any meaningful way with the scientists of other nations fails to satisfy the broad and purposive duty to co-operate that arises under paragraph 30 *(c)*.

4. Conclusion regarding Japan's Violation of Paragraph 30 of the Schedule

17. In sum, I consider that the following factors clearly establish that Japan has not complied with its duty to co-operate with the Commission and the Scientific Committee pursuant to paragraph 30 and Annex P:

(i) JARPA II was launched before a review of JARPA had taken place.

(ii) Despite the fact that the quantity and quality of data gathered over the lifespan of JARPA II differs in significant respects from the original design of the programme as envisaged in the Research Plan, Japan has never submitted a revised plan nor altered its special permits in observance of these changes.

(iii) Whereas the JARPA II Research Plan was designed, *inter alia*, to conduct a "modelling of the Antarctic ecosystem" in conjunction with a multi-species competition programme, not a single humpback whale was taken during the duration of the programme and a negligible amount of fin whales were captured. This leaves minke whales as the only remaining species actually taken in meaningful quantities under the programme, and Japan has neither satisfactorily explained how its multi-species Antarctic ecosystem research can be salvaged under such circumstances, nor has it adapted the objectives of the programme to reflect changing circumstances.

(iv) Japan has not provided any evidence of international scientific co-operation under JARPA II.

18. As the majority affirms, paragraph 30 of the Schedule to the Convention implies a duty of co-operation for all States parties when submitting permits to the Scientific Committee to be reviewed for compliance with Article VIII, paragraph 1, of the Convention. However, for the reasons I have outlined above, I cannot share the majority's conclusion that Japan's formal compliance with paragraph 30 constitutes satisfactory substantive compliance with that provision. Given my view that the duty to co-operate is a broad and purposive obligation that entails an ongoing dialogue with the Scientific Committee, I conclude that Japan has failed to comply with this duty in respect of the *chapeau* and subparagraphs *(a)*-*(c)* of paragraph 30, as elucidated by the Guidelines promulgated in Annex P.

16. A mon humble avis, la majorité aurait dû conclure que l'absence de réelle collaboration avec des scientifiques d'autres nations dans le cadre de JARPA II constitue un manquement à l'obligation générale de coopérer prévue à l'alinéa *c)* du paragraphe 30, telle qu'interprétée en fonction de son objet.

4. Conclusion relative à la violation, par le Japon, du paragraphe 30 du règlement

17. Pour résumer, je considère qu'il découle des éléments suivants que le Japon n'a pas respecté le devoir lui incombant en vertu du paragraphe 30 et de l'annexe P de coopérer avec la commission et le comité scientifique :

i) JARPA II a été lancé avant que JARPA n'eût fait l'objet d'une évaluation.
ii) En dépit du fait que la quantité et la nature des données recueillies tout au long du déroulement de JARPA II diffèrent à d'importants égards de ce qui avait été initialement prévu et décrit dans le plan de recherche, le Japon n'a jamais soumis de plan revisé, ni modifié ses permis spéciaux pour refléter lesdits changements.
iii) Alors que le plan de recherche de JARPA II était notamment censé permettre d'aboutir à une « modélisation de l'écosystème de l'Antarctique » et à une étude de la concurrence entre espèces, aucune baleine à bosse n'a été prélevée pendant tout le temps qu'a duré ce programme, et un nombre infime de rorquals communs a été mis à mort. Dans le cadre de JARPA II, seuls ont donc été prélevés en quantités significatives les petits rorquals ; or, le Japon n'a jamais expliqué de manière convaincante comment son étude de l'écosystème de l'Antarctique couvrant diverses espèces pouvait se justifier dans ces circonstances, pas davantage qu'il n'a adapté les objectifs de son programme pour tenir compte de l'évaluation de ce contexte.
iv) Le Japon n'a fourni aucun exemple de coopération scientifique internationale réalisée dans le cadre de JARPA II.

18. Comme l'affirme la majorité, le paragraphe 30 du règlement de la convention impose un devoir de coopération à tous les Etats soumettant des permis au comité scientifique afin que celui-ci puisse s'assurer de leur conformité aux dispositions du paragraphe 1 de l'article VIII. Or, pour les raisons que j'ai mentionnées ci-dessus, je ne puis faire mienne la conclusion de la majorité selon laquelle, en respectant la lettre du paragraphe 30, le Japon aurait dûment respecté l'esprit de celui-ci. Le devoir de coopération étant, à mes yeux, une obligation de vaste portée, devant être compris dans une optique téléologique, qui implique un dialogue permanent avec le comité scientifique, j'estime que le Japon a manqué d'honorer le devoir de coopérer que lui imposaient le chapeau et les alinéas *a)* à *c)* du paragraphe 30, tel que précisé par les lignes directrices promulguées à l'annexe P.

19. Consequently, I respectfully dissent in respect of the conclusion reached by the majority in paragraph 247 (6) of the present Judgment.

II. JARPA II as a Commercial Whaling Programme

20. Apart from the dissent I have expressed immediately above, I join the majority with respect to all remaining subparagraphs of the *dispositif*. Specifically, I concur that the evidence on record establishes that JARPA II is not a programme for purposes of scientific research within the meaning of Article VIII, paragraph 1, of the ICRW, and therefore the lethal methods employed under said programme violate Japan's international legal obligations pursuant to paragraphs 7 *(b)* (the establishment of the "Southern Ocean Sanctuary"), 10 *(d)* (the "factory ship moratorium"), and 10 *(e)* (the "moratorium on commercial whaling") of the Schedule to the Convention.

21. In my estimation there is ample evidence on the record to support the conclusion that JARPA II is not a programme for purposes of scientific research, but in fact, a commercial whaling programme. While an exhaustive account of the rationales underpinning my conclusion is not feasible for present purposes, I wish to seize upon the following four salient considerations: *(a)* the inevitable logical conclusion that JARPA II's failure to qualify as a programme for purposes of scientific research requires its classification as one for commercial purposes; *(b)* the historical context in which JARPA and JARPA II came into existence and continued to operate; *(c)* the indefinite duration of JARPA II; and *(d)* compelling evidence that the lethal take of minke whales under JARPA II is responsive to market forces, as well as efforts by the Government of Japan to stimulate the domestic market for minke whale meat under the broader auspices of that programme.

1. ICRW only Allows for Three Mutually Exclusive Categories of Whaling

22. As a preliminary matter, I find that a proper reading of the Convention envisages only three exhaustive and mutually exclusive purposes for whaling: (i) scientific research; (ii) commercial enterprise; and (iii) aboriginal subsistence. It is uncontested that aboriginal subsistence whaling is not a live issue in this case. It therefore stands to reason that a finding by this Court that JARPA II is not a programme for purposes of scientific research necessarily leads to the corollary that it is a commercial whaling programme.

23. The deductive approach I have adopted above is but the first pillar upholding my conclusion that JARPA II is a commercial whaling pro-

19. Je me vois donc dans l'obligation de me dissocier de la conclusion à laquelle la majorité a abouti au point 6 du paragraphe 247 de l'arrêt.

II. JARPA II EN TANT QUE PROGRAMME DE CHASSE À LA BALEINE DE NATURE COMMERCIALE

20. Si je suis en désaccord sur le point que je viens d'exposer, je souscris à toutes les autres conclusions de la majorité telles qu'énoncées dans le dispositif. Plus précisément, je suis d'accord pour affirmer qu'il ressort du dossier que JARPA II n'est pas un programme mené en vue de recherches scientifiques au sens du paragraphe 1 de l'article VIII de la convention et que, en conséquence, le recours, dans ce cadre, à des méthodes létales emporte violation des obligations juridiques internationales que le Japon tient des paragraphes 7 *b)* (création du «sanctuaire de l'océan Austral»), 10 *d)* («moratoire sur les usines flottantes») et 10 *e)* («moratoire sur la chasse commerciale») du règlement annexé à la convention.

21. Néanmoins, selon moi, il ressort amplement du dossier non seulement que JARPA II n'est pas un programme mené en vue de recherches scientifiques, mais qu'il s'agit même en réalité d'un programme de chasse à visées commerciales. Si je ne puis ici développer l'ensemble des motifs qui me conduisent à cette conclusion, je voudrais insister sur quatre grands points que j'ai pris en ligne de compte: *a)* la nécessité logique de qualifier JARPA II de programme mené à des fins commerciales dès lors qu'il ne peut être considéré comme un programme mené en vue de recherches scientifiques; *b)* le contexte historique dans lequel JARPA et JARPA II ont vu le jour et ont été mis en œuvre; *c)* le caractère illimité dans le temps de JARPA II; *d)* les éléments de preuve ne laissant aucun doute sur le fait que le nombre de petits rorquals prélevés dans le cadre de JARPA II est déterminé par le marché, et les efforts déployés par le Gouvernement japonais pour stimuler le marché national de viande de petits rorquals sous le couvert de ce programme.

1. La convention ne prévoit que trois catégories de chasse, qui s'excluent mutuellement

22. A titre liminaire, je considère que la convention, dûment interprétée, ne permet d'envisager que trois types de finalités motivant la pratique de la chasse, lesquelles s'excluent les unes les autres: i) recherche scientifique; ii) considérations commerciales; iii) subsistance aborigène. Or, il est admis qu'il n'est pas question, en l'espèce, de chasse aborigène de subsistance. De ce que la Cour conclut que JARPA II n'est pas un programme mené en vue de recherches scientifiques, il découle donc nécessairement qu'il s'agit d'un programme de chasse à des fins commerciales.

23. L'approche déductive que j'ai adoptée ci-dessus n'est que le premier des éléments étayant ma conclusion sur la nature commerciale de

gramme. As I shall now explain, this conclusion is further buttressed by numerous inductive inferences available from the evidence adduced during these proceedings. For present purposes, I find it sufficient to focus on three of the most prominent types of evidence, though by no means do I consider the foregoing to constitute an exhaustive treatment of the subject.

2. Historical Context Surrounding JARPA and JARPA II

24. I begin by considering the historical context surrounding the adoption and operation of the original JARPA programme. In so doing, I am fully cognizant that the legality of this programme per se is not under consideration by the Court. That being said, I believe the evidentiary record abundantly sustains the inference that JARPA II is essentially a *de facto* extension of JARPA, for all intents and purposes. Given, *inter alia*, the uninterrupted lineage between JARPA and JARPA II as well as their numerous commonalities, I believe a more holistic appraisal of the entire "scientific whaling" scheme practised by Japan over the past several decades is appropriate.

25. The record demonstrates that the Government of Japan has a long history of strenuous objection to the adoption and continuation of a complete moratorium on commercial whaling. To begin, I would recall that Japan was one of only seven countries to unsuccessfully vote against the imposition of the moratorium when it was adopted at the IWC's Thirty-Fourth Annual Meeting on 23 July 1982[5]. It was also one of only four countries to subsequently lodge a formal objection to the amendment when it did so on 4 November 1982[6], thus exempting itself from the application of the moratorium by the time it went into full effect in 1986[7]. I would further recall that the Court received considerable evidence, by way of statistics and political declarations made by representatives of the Japanese Government, which strongly indicate that Japan's resistance to the imposition of the moratorium was motivated by a perceived need to aggressively protect critical socio-economic, cultural and historical links between the fabric of Japanese society and a deeply-rooted commercial whaling industry dating back centuries[8].

26. This position was encapsulated when Japan's formal notification of its objection to the moratorium expressly underscored "the important role played by the whale products and the whaling industry in the Japa-

[5] Memorial of Australia, Vol. I, para. 2.57 and note 82; para. 3.6. At the meeting, 25 countries voted in favour of the moratorium, seven against, and five abstained.

[6] *Ibid.*, para. 2.60 and notes 84-87; para. 3.8. In addition to Japan, those countries lodging objections were Peru, Norway and the Union of Soviet Socialist Republics.

[7] *Ibid.*, paras. 2.57-2.60.

[8] *Ibid.*, paras. 3.5-3.8.

JARPA II. Comme je vais le présent l'expliquer, ma conviction est encore renforcée par les nombreuses inférences qui peuvent être induites du dossier présenté en l'espèce. Aux fins de la présente opinion, j'estime pouvoir me contenter à cet égard de revenir sur trois des aspects les plus déterminants, mais en aucun cas ils n'ont été les seuls à nourrir ma réflexion.

2. Contexte historique dans le cadre duquel se sont inscrits JARPA et JARPA II

24. Je commencerai par me pencher sur le contexte historique dans le cadre duquel le premier programme JARPA a été adopté et mis en œuvre. Ce faisant, j'ai parfaitement conscience que ce n'est pas la licéité de ce programme en soi qui est à l'examen devant la Cour. Cela dit, je pense que l'on peut inférer des nombreux éléments de preuve versés au dossier que JARPA II constitue essentiellement et à toutes fins une extension *de facto* de JARPA. Compte tenu notamment de ce lien de filiation entre les deux programmes, ainsi que de leurs nombreux points communs, il me semble opportun d'analyser dans sa globalité l'ensemble du régime de «chasse scientifique» pratiqué par le Japon au cours des dernières décennies.

25. Il ressort du dossier que, au fil des années, le Gouvernement du Japon a maintes fois manifesté son opposition acharnée à l'adoption et au maintien d'un moratoire complet sur la chasse commerciale. Pour commencer, je rappellerai que le Japon était l'un des pays (sur un total de sept seulement) qui vota, sans succès, contre l'instauration du moratoire, à la trente-quatrième réunion annuelle de la CBI, du 23 juillet 1982[5]. Il fut également l'un de ceux — sur quatre pays seulement cette fois — qui devait par la suite formuler une objection formelle à la modification du règlement instituant le moratoire. Il le fit le 4 novembre 1982[6], de sorte que le moratoire ne lui était pas applicable au moment où il prit plein effet, en 1986[7]. J'ajouterai que la Cour a reçu de nombreux éléments de preuve, sous forme de statistiques ou de déclarations politiques de représentants du Gouvernement japonais, tendant résolument à indiquer que l'opposition du Japon à l'instauration du moratoire était motivée par la conviction qu'il lui fallait activement protéger les liens essentiels de natures socio-économique, culturelle et historique entre la société japonaise et une industrie baleinière dont l'ancrage dans le tissu social remontait à des siècles[8].

26. Cette position transparaissait dans la notification formelle que fit le Japon de son objection au moratoire, dans laquelle il soulignait expressément «le rôle important des produits baleiniers et de l'industrie baleinière

[5] Mémoire de l'Australie, vol. I, par. 2.57, et note 82; par. 3.6. Lors de la réunion, l'on dénombra vingt-cinq votes en faveur du moratoire, sept contre et cinq abstentions.

[6] *Ibid.*, par. 2.60, et notes 84-87; par. 3.8. Outre le Japon, les pays qui émirent des objections étaient le Pérou, la Norvège et l'Union des républiques socialistes soviétiques.

[7] *Ibid.*, par. 2.57-2.60.

[8] *Ibid.*, par. 3.5-3.8.

nese traditional diet and in the socio-economy of certain local communities in Japan"[9]. A more expansive expression of this impetus can be found in a statement made by the Japanese Prime Minister when speaking before the national legislative body of Japan just a few months prior to the lodging of the objection. On that occasion, he explained how

> "*Japan's whaling industry has an extremely long history and it also occupies an important place in the Japanese diet* . . . [L]ately we have seen . . . the anti-whaling movement driven by environmental protection organizations and other groups grow larger and larger worldwide . . . [T]hey are . . . trying to use their numbers to lead the IWC in the direction of a ban on whaling. The situation is truly regrettable . . . *The Government intends to place even greater efforts than it has to date into the protection and growth of the whaling industry into the future.*"[10]

This theme was prevalent again when, speaking just days after the adoption of the commercial moratorium, Japan's Minister for Agriculture, Forestry and Fisheries reported to his national legislature how

> "[i]t is the Prime Minister's view that precisely since *the problems facing whaling in Japan are so extremely significant, and as there are so many people who are reliant primarily on this industry for their livelihood, we must actively continue to build an environment where whaling can be practiced* . . . [The Prime Minister] was of the view that *we ought to push harder ahead with a response on whaling* . . . And so, for my part too, since there are people who are unable to get jobs elsewhere in the fishing industry other than in whaling . . . *I intend to redouble efforts in actively dealing with the whaling problem and to live up to the expectations which have been placed upon me.*"[11]

A year after the adoption of the moratorium, this position remained resolute. As Japan's Director-General of its Fisheries Agency recounted to the legislature:

> "at last year's IWC, a decision was taken to invoke a total ban on commercial whaling with a grace period of three years. Japan has filed an objection to this decision . . . Our basic position is that this moratorium has no basis in science . . . What's more, *should it come to pass that Japan's whaling industry would be finished by this, being mindful of the people who work directly in whaling and the large number of*

[9] Memorial of Australia, Vol. II, Ann. 53, p. 186.
[10] *Ibid.*, Vol. III, Ann. 88, pp. 69-70; emphasis added.
[11] *Ibid.*, Ann. 89, p. 74; emphasis added.

s'agissant de l'alimentation traditionnelle japonaise et des conditions socio-économiques de certaines communautés locales au Japon»[9]. On la trouve développée dans la déclaration suivante que le Premier ministre japonais fit devant l'organe législatif national du Japon quelques mois seulement avant la formulation de cette objection:

> «*Au Japon, l'industrie baleinière est une tradition ancestrale, et la viande de baleine occupe une place importante dans le régime alimentaire japonais*... [N]ous avons récemment pu voir le mouvement d'opposition à la chasse à la baleine que mènent certaines organisations de protection de l'environnement et d'autres groupes pren[dre] de plus en plus d'ampleur au niveau international... [Les pays hostiles à la chasse] tentent de faire jouer leur nombre afin de mener la CBI sur la voie de l'interdiction de la chasse à la baleine. Cette situation est vraiment regrettable... *Le Gouvernement japonais entend encore redoubler d'efforts afin d'assurer à l'avenir la protection et la croissance de l'industrie baleinière.*»[10]

Ce thème réapparaît dans cette autre déclaration devant la Diète faite, quelques jours seulement après l'adoption du moratoire sur la chasse commerciale, par le ministre japonais de l'agriculture, des forêts et des pêches:

> «Pour le Premier ministre, c'est justement en raison de la gravité *des problèmes qui se posent à l'industrie baleinière au Japon et du nombre de personnes dépendant essentiellement de cette industrie pour leur subsistance que nous devons poursuivre nos efforts pour créer un cadre propice à la poursuite de nos activités de chasse à la baleine*. Le Premier ministre ... a estimé que *nous devions nous employer davantage à chercher une solution*... Pour ma part aussi, étant donné que la chasse à la baleine est le seul secteur de l'industrie de la pêche dans lequel certaines personnes peuvent trouver un emploi ..., *j'entends redoubler d'efforts pour trouver une solution au problème de l'industrie baleinière et répondre aux attentes qui ont été placées en moi.*»[11]

Un an après l'adoption du moratoire, cette position demeurait inchangée. Voici ce que dit devant la Diète le directeur général de l'agence japonaise des pêcheries:

> «[L]'année dernière, lors de sa réunion annuelle, la CBI a décidé d'instaurer une interdiction totale de la chasse à la baleine à des fins commerciales, assortie d'une période de grâce de trois ans. Le Japon a formulé une objection contre cette décision... Notre position générale est que ce moratoire ne repose sur aucun fondement scientifique... En outre, *si cette décision devait sonner le glas de l'industrie*

[9] Mémoire de l'Australie, vol. II, annexe 53, p. 186.
[10] *Ibid.*, vol. III, annexe 88, p. 69 et 70; les italiques sont de moi.
[11] *Ibid.*, annexe 89, p. 74; les italiques sont de moi.

> *people who work in related industries . . . the Government will make the utmost efforts* to obtain the understanding of the countries concerned *to ensure that our whaling can continue in some form or another.*"[12]

27. The staunch commitment of the Government of Japan to these "utmost efforts" is encapsulated by a Whaling Issues Study Group Report published by the Japanese Ministry of Agriculture, Forestry and Fisheries in 1984, which recommended that "[t]he continuation of whaling ought rightly to be accepted"[13]. During legislative hearings held at the time of the Report's release, numerous high-ranking Japanese officials affirmed their commitment to its recommendation to continue Japan's whaling programme to the greatest extent possible. For instance, the Head of the Ocean Fisheries Department of the Fisheries Agency proclaimed that

> "[t]he Fisheries Agency's view is that this report has given us valuable recommendations for future solutions in this extremely challenging environment. *Our intention is to use the report as a reference and . . . to make our utmost efforts to ensure that our whaling will be able to continue both in the Antarctic and coastal whaling, in some form or another.*"[14]

In remarks made that same day, the Head of the Marine Fisheries Department of the Fisheries Agency reassured legislators that "we intend to make our utmost efforts to ensure the continuation of whaling *in some form or another*"[15]. The next day, the Director-General of the Fisheries Agency explained how

> "after the moratorium commences, *the path to ensure the continuation of whaling would be*, for Southern Ocean whaling, *to position it as a research whaling activity which has a scientific nature*, and, for coastal whaling, *to position it as whaling which is absolutely essential to the livelihood of regional communities from the perspectives of their societies, economies and cultures*"[16].

---

[12] Memorial of Australia, Vol. III, Ann. 90, p. 77; emphasis added.
[13] *Ibid.*, Ann. 98, p. 111.
[14] *Ibid.*, Ann. 91, p. 82; emphasis added.
[15] *Ibid.*, p. 83; emphasis added.
[16] *Ibid.*, Ann. 92, p. 88; emphasis added.

baleinière au Japon, considérant le nombre de personnes directement employées par l'industrie baleinière et celles qui travaillent dans les secteurs connexes, nous continuerions de dénoncer le caractère irrationnel des motifs ayant présidé à l'adoption du moratoire... [L]e Gouvernement ne ménagera aucun effort pour obtenir le soutien des pays concernés, *afin d'assurer le maintien de nos activités de chasse à la baleine sous une forme ou sous une autre.*»[12]

27. Cette farouche résolution du Gouvernement japonais «à ne ménager aucun effort» trouve son expression dans un rapport du groupe d'étude sur les questions relatives à la chasse à la baleine publié par le ministère japonais de l'agriculture, des forêts et des pêches en 1984, qui concluait que «[l]a poursuite de la chasse à la baleine dev[ait], à juste titre, être acceptée»[13]. Lors de débats devant la Diète qui eurent lieu au moment de la publication de ce rapport, plusieurs hauts responsables japonais déclarèrent se rallier à la recommandation qui s'y trouvait formulée, visant à poursuivre, autant que faire se pouvait, le programme de chasse à la baleine du Japon. Ainsi, le responsable du département des pêcheries maritimes de l'agence japonaise des pêcheries fit la déclaration suivante:

«L'agence des pêcheries considère que ce rapport nous a fourni de précieuses recommandations en termes de solutions futures susceptibles d'être mises en œuvre dans le cadre de cet environnement international particulièrement difficile. *Nous avons l'intention d'utiliser ce rapport comme document de référence et de faire tout notre possible ... pour garantir la poursuite de nos activités de chasse à la baleine sous une forme ou sous une autre, tant dans l'Antarctique que dans les zones côtières.*»[14]

Le même jour, le responsable du département des pêcheries maritimes de l'agence japonaise des pêcheries s'adressa de nouveau aux législateurs en ces termes: «Nous avons l'intention ... de faire tout notre possible ... pour garantir la poursuite de nos activités de chasse à la baleine *sous une forme ou sous une autre.*»[15] Le lendemain, le directeur général de l'agence expliqua que,

«une fois le moratoire instauré, *la voie permettant de garantir la poursuite de la chasse serait*, dans l'océan Austral, *de la présenter comme une activité axée sur la recherche scientifique*, et, en ce qui concerne la chasse côtière, *de la présenter comme une pratique absolument essentielle pour répondre aux besoins de subsistance de communautés régionales d'un point de vue social, économique et culturel*»[16].

[12] Mémoire de l'Australie, vol. III, annexe 90, p. 77; les italiques sont de moi.
[13] *Ibid.*, annexe 98, p. 111.
[14] *Ibid.*, annexe 91, p. 82; les italiques sont de moi.
[15] *Ibid.*, p. 83; les italiques sont de moi.
[16] *Ibid.*, annexe 92, p. 88; les italiques sont de moi.

Lest there be any doubt about the consistency of the Government of Japan's intentions, this view was again reinforced when the Japanese Minister for Agriculture, Forestry and Fisheries took the floor and personally vowed that: *"I intend to do my utmost to ensure that Japanese whaling continues in some form or another."*[17]

28. Finally, I must underscore that the foregoing examples are merely illustrative of considerable other evidence contained in the record of these proceedings demonstrating Japan's political hostility toward the commercial whaling moratorium and its resultant resolve to work around the moratorium to ensure the continuation of the Japanese whaling industry "in some form or another".

29. A review of subsequent events only further strengthens this conclusion. While the Government of Japan did eventually accede on 1 July 1986 to a gradual elimination of its objection to the moratorium by 1 April 1988[18], a sizable body of evidence indicates that Japan took this step very reluctantly and in the face of persistent international pressure, by way of, *inter alia*, highly punitive economic sanctions, emanating in particular from the United States[19], a prized trading partner. Against the backdrop of the rather serendipitous launch of the original JARPA programme following the 1986-1987 whaling season, just as the moratorium was entering into force for Japan (Judgment, para. 100), the record reveals that in an interview given on 1 June 1986, the Secretary-General of the Japan Whaling Association made the following trenchant remarks:

> "Japan's decision to withdraw from whaling came after the resolution of the 1982 IWC annual meeting to invoke the moratorium on commercial whaling, followed by pressure from the United States . . . However, *Japanese whaling is an industry with a long history and tradition and it has a firm place in our diet. When I think of the livelihoods of the 50,000 people affected*, those who work in whaling-related industries and their families, as someone involved in the industry *it is only natural that I would want to find some way of enabling the industry to stay alive.*"[20]

Similarly, in an interview conducted in 1997, the former Director-General of the Japan Fisheries Agency, who was responsible for pivotal international negotiations involving the implementation of scientific whaling, reflected as to how *"[t]he implementation of scientific whaling was viewed*

[17] Memorial of Australia, Vol. III, Ann. 92, p. 89; emphasis added.
[18] *Ibid.*, Vol. I, para. 2.63.
[19] *Ibid.*, paras. 3.9-3.12; Vol. III, Ann. 89, p. 73; Ann. 95, pp. 99-100.
[20] *Ibid.*, Ann. 125, p. 306; emphasis added.

Afin de ne laisser aucun doute quant à la communauté des intentions de l'administration japonaise, ajoutons que cette position fut encore réaffirmée par le ministre japonais de l'agriculture, des forêts et des pêches, qui prit la parole pour s'engager personnellement en ce sens, dans les termes suivants: « *J'ai l'intention de faire tout ce qui est en mon pouvoir pour garantir la poursuite de nos activités de chasse à la baleine sous une forme ou sous une autre.* »[17]

28. Pour finir, il me faut souligner que les citations qui précèdent ne sont que des exemples parmi les nombreux autres dont fourmille le dossier, témoignant de l'hostilité politique du Japon envers le moratoire sur la chasse commerciale et de sa détermination à le contourner en conséquence pour assurer la poursuite des activités de son industrie baleinière «sous une forme ou sous une autre».

29. L'examen de faits ultérieurs ne fait que renforcer cette conclusion. Si, le 1er juillet 1986, le Gouvernement japonais a fini par accepter le retrait progressif de son objection au moratoire avant le 1er avril 1988[18], nombreux sont les éléments de preuve permettant d'établir que le Japon n'a pris cette décision qu'à contrecœur, en raison de la pression internationale constante dont il faisait, en particulier, l'objet de la part des Etats-Unis[19], partenaire commercial privilégié, et qui revêtait notamment la forme de très lourdes sanctions économiques. A l'heure du lancement, à point nommé, du premier programme JARPA après la saison de chasse 1986-1987, au moment même où le moratoire entrait en vigueur pour le Japon (arrêt, par. 100), le secrétaire général de l'association japonaise de chasse à la baleine tint dans un entretien accordé le 1er juin 1986, et versé au dossier, des propos peu équivoques:

> «La décision du Japon de renoncer à la chasse à la baleine est intervenue après la décision, prise à la réunion annuelle de la CBI tenue en 1982, de recourir au moratoire sur la chasse à la baleine commerciale, et les pressions qui ont ensuite été exercées par les Etats-Unis... Mais *la chasse à la baleine pratiquée par le Japon est une industrie qui a une longue histoire et une longue tradition, et la viande de baleine fait partie intégrante de notre régime alimentaire. Quand je pense aux 50 000 personnes qui sont affectées*, à tous ceux qui travaillent dans le secteur baleinier et à leurs familles, *il est tout à fait naturel*, en tant qu'acteur de cette industrie, *que je cherche des solutions pour qu'elle puisse se maintenir.* »[20]

De même, dans un entretien réalisé en 1997, l'ancien directeur général de l'agence japonaise des pêcheries, qui était chargé de négociations internationales déterminantes concernant la mise en œuvre de la chasse scientifique, fit remarquer que « *[l]a mise en œuvre d'opérations de chasse à la*

[17] Mémoire de l'Australie, vol. III, annexe 92, p. 89; les italiques sont de moi.
[18] *Ibid.*, vol. I, par. 2.63.
[19] *Ibid.*, par. 3.9-3.12; vol. III, annexe 89, p. 73; annexe 95, p. 99-100.
[20] *Ibid.*, annexe 125, p. 306; les italiques sont de moi.

as the only method available to carry on with the traditions of whaling", before explaining that

> "[w]hatever the issues for which Japan's past whaling deserves criticism the [whalers] are not to blame. *I want[ed] to somehow retain the work and workplaces, where these men have spent their whole lives, in the form of scientific whaling.*"[21]

More recently, speaking before a sub-committee of the Japanese national legislature in October 2012, the Director-General of the Japan Fisheries Agency recalled how *"[m]inke whale meat is prized because it is said to have a very good flavour and aroma when eaten as sashimi and the like"*, and that *"the scientific whaling program in the Southern Ocean was necessary to achieve a stable supply of minke whale meat"*[22].

30. When these multiple contemporaneous and retrospective statements are considered against the remainder of the evidentiary record in these proceedings, including the detailed analysis in the Judgment demonstrating JARPA II's shortcomings as a properly designed and implemented programme for purposes of scientific research, as well as statistics showing that Japan has killed the vast majority of whales under special permit since the inception of the moratorium through the 2010-2011 whaling season[23], in my view the conclusion that JARPA II is a commercial whaling programme becomes inescapable.

3. Indefinite Duration of JARPA II

31. The majority makes passing reference to the indefinite duration of JARPA II, noting the open-ended time frame of the programme and opining that "with regard to a programme for purposes of scientific research, as Annex P indicates, a 'time frame with intermediary targets' would have been more appropriate" (Judgment, para. 216). In keeping with my observations made above regarding the dearth of international peer review made in the context of my analysis of paragraph 30, I believe that in assessing the character of JARPA II, a stronger statement as to the incongruity between a programme of indefinite duration and one that is genuinely established for purposes of scientific research would have been appropriate. To this end, recalling Japan's well-chronicled intention to carry on a whaling programme "in some form or another" in spite of

[21] Memorial of Australia, Vol. II, Ann. 75, pp. 346-347 (internal quotations omitted); emphasis added.

[22] CR 2013/11, p. 18 (Crawford), para. 60 (28 June 2013), referring to judges' folder of Australia, First round of oral arguments, 26-28 June 2013, Vol. II, tab 108; emphasis added.

[23] Memorial of Australia, Vol. I, para. 2.69 and note 99; Fig. 1 at p. 37.

baleine à des fins scientifiques était considérée comme le seul moyen de perpétuer [les] traditions [en matière de chasse à la baleine], avant d'ajouter que,

> «quelles que [fussent] les raisons pour lesquelles la chasse à la baleine [qui avait été] pratiquée [par le passé] par le Japon mérit[ait] d'être critiquée, les [baleiniers] ne p[ouvaient] en être tenus responsables. *Je v[oulais] préserver, d'une manière ou d'une autre, les emplois de ce secteur, auquel certains ont consacré leur vie, dans le cadre d'opérations de chasse scientifique.*»[21]

Plus récemment, s'adressant à une sous-commission de la chambre des représentants, le directeur général de l'agence japonaise des pêcheries rapportait que *«la chair de petit rorqual était appréciée pour sa saveur et son arôme, notamment lorsqu'elle [était] consommée en sashimi et sous d'autres formes similaires»*, et que *«le programme de chasse à la baleine en vue de recherches scientifiques mené dans l'océan Austral était nécessaire pour assurer la stabilité de l'offre de chair de petit rorqual»*[22].

30. Lorsque l'on examine ces multiples déclarations intervenues alors, ou depuis, à la lumière des autres éléments de preuve versés au dossier, et de l'analyse détaillée à l'issue de laquelle la Cour établit les manquements interdisant de considérer JARPA II comme un programme dûment conçu et mis en œuvre en vue de recherches scientifiques, ainsi que des statistiques montrant que la majorité des baleines tuées au titre d'un permis spécial par le Japon l'ont été depuis l'instauration du moratoire, et jusqu'à la saison de chasse 2010-2011[23], la conclusion selon laquelle JARPA II est un programme de chasse commerciale s'impose sans l'ombre d'un doute.

3. Caractère illimité dans le temps de JARPA II

31. La majorité ne fait qu'une brève mention de l'absence de limite dans le temps de JARPA II, assortie de ce commentaire: «dans le cas d'un programme poursuivant un objectif de recherche scientifique, un «calendrier comprenant des objectifs intermédiaires», tel que prévu à l'annexe P, aurait été plus approprié» (arrêt, par. 216). De même que pour l'absence de contrôle international par des pairs évoquée dans le cadre de l'examen du paragraphe 30 auquel je me suis livré, j'estime que, dans son analyse de la nature de JARPA II, la Cour aurait dû s'exprimer en des termes plus fermes sur l'impossibilité de considérer un programme illimité dans le temps comme réellement établi à des fins de recherche scientifique. Sur ce point, et compte tenu de l'intention — amplement démontrée — qui était celle du Japon de poursuivre des activités de chasse

[21] Mémoire de l'Australie, vol. II, annexe 75, p. 346-347 (citations omises); les italiques sont de moi.

[22] CR 2013/11, p. 18, par. 60 (Crawford) (28 juin 2013), renvoyant au dossier de plaidoiries de l'Australie, premier tour de plaidoiries, 26-28 juin 2013, vol. II, onglet n° 108; les italiques sont de moi.

[23] Mémoire de l'Australie, vol. I, par. 2.69. et note 99; fig. 1, p. 37.

the moratorium, I find great merit in Australia's contention that an indefinite programme suggests it is "geared towards the perpetuation of whaling by any means until the commercial whaling moratorium is lifted", and that "the open-ended nature of JARPA II precludes a meaningful assessment of whether it has achieved its research objectives" (Judgment, para. 215).

32. Not only do I find such reasoning persuasive, but aside from positing that JARPA II "has no specified termination date because its primary objective (i.e., monitoring the Antarctic ecosystem) requires a continuing programme of research", and providing a vague promise that "a review will be held and revisions made to the programme if required" (*ibid.*, para. 214), I see no convincing answer to these valid critiques raised by Australia. Indeed, Japan openly concedes that a primary objective of JARPA II is to provide "scientific advice" in order to further the aim of eventually lifting the moratorium (*ibid.*, para. 96).

33. Consequently, I believe the indefinite nature of JARPA II is a useful piece of supplementary evidence that militates in favour of its characterization as a commercial whaling programme.

4. Evidence that JARPA II Is Driven by Market Forces

34. The Court received detailed evidence that the dwindling lethal take of minke whales in the latter years of JARPA II was not only directly correlated with a concomitant decline in demand for whale meat on the Japanese market, but that the Government of Japan, both directly and through parastatal agencies ostensibly mandated to advance scientific objectives — such as the Institute of Cetacean Research — actively promoted the consumption of whale meat amongst the Japanese population[24]. One particularly illustrative news report from the Japanese press in 2006 captures a compelling overview of the prevailing situation when JARPA II was in its infancy:

> "Amid concerns about the surplus of whale meat resulting from the expansion in scientific whaling, *a new whale meat wholesaler company . . . was established* on 1 May *with assistance from the Japan Fisheries Agency* and other organizations. *Its charter is to develop new sales channels for whale meat, which has almost disappeared from dining room tables during the 25 years since the commencement of the ban on commercial whaling* . . . While middle-aged and older people retain

[24] Memorial of Australia, Vol. I, paras. 6.18-6.23; Vol. III, Ann. 135, p. 336; Ann. 136, pp. 338-341; Ann. 137, pp. 343-344; Ann. 139, p. 352; Ann. 141, p. 356; Ann. 143, pp. 364-369; Ann. 145, pp. 373-374; Ann. 147, p. 380; Ann. 148, pp. 382-384; Ann. 152, pp. 396-398.

«sous une forme ou sous une autre» nonobstant le moratoire, je pense que l'Australie était parfaitement fondée à déduire de l'absence de limite dans le temps de JARPA II que «la conception de ce programme répond[ait] à la volonté de perpétuer, par quelque moyen que ce soit, la chasse à la baleine jusqu'à la levée du moratoire sur la chasse commerciale» et que «toute possibilité d'évaluer comme il se d[evait] si les objectifs de la recherche [avaient] été atteints» s'en est trouvée exclue (arrêt, par. 215).

32. Non seulement ce raisonnement me paraît convaincant, mais encore le Japon n'a selon moi offert aucune réponse probante aux légitimes critiques de l'Australie, se contentant d'affirmer que JARPA II était dépourvu de «date d'achèvement précise car son objectif principal — le suivi de l'écosystème de l'Antarctique — exige[ait] la conduite d'activités continues», et de formuler la vague promesse qu'«un examen [aurait] lieu et [que], si nécessaire, des corrections [seraient] apportées au programme» (*ibid.*, par. 214). Le Japon a du reste admis ouvertement que l'un des principaux objectifs de JARPA II était de fournir les «meilleurs avis scientifiques» en vue de l'éventuelle levée du moratoire (*ibid.*, par. 96).

33. Dès lors, je vois dans l'absence de limite dans le temps de JARPA II un élément de preuve supplémentaire tendant à établir qu'il s'agit là d'un programme de chasse à la baleine de nature commerciale.

4. Preuves que JARPA II obéit aux «forces du marché»

34. La Cour dispose d'éléments de preuve détaillés qui non seulement établissent un lien de corrélation direct entre la baisse du nombre de prises de petits rorquals au cours des dernières années du programme JARPA II et le déclin concomitant de demande de chair de baleine sur le marché japonais, mais encore montrent que le Gouvernement japonais, à la fois directement et par l'intermédiaire d'agences para-étatiques censées — à l'instar de l'institut de recherche sur les cétacés — poursuivre des objectifs scientifiques, a activement promu la consommation de chair de baleine auprès de la population japonaise[24]. Un article paru dans la presse japonaise en 2006, en particulier, rend parfaitement compte de la situation qui prévalait quand JARPA II était encore en gestation:

> «A l'heure où l'on se préoccupe des excédents de viande de baleine faisant suite à l'essor de la chasse à la baleine scientifique, *un nouveau distributeur ... a vu le jour* le 1er mai, *avec l'aide de l'agence japonaise des pêcheries* et d'autres organisations. *Cette société a pour objet de développer de nouveaux circuits de distribution pour la viande de baleine, qui a pratiquement disparu des assiettes depuis vingt-cinq ans et le début de l'interdiction de la chasse commerciale*... Si la généra-

[24] Mémoire de l'Australie, vol. I, par. 6.18-6.23; vol. III, annexe 135, p. 336; annexe 136, p. 338-341; annexe 137, p. 343-344; annexe 139, p. 352; annexe 141, p. 356; annexe 143, p. 364-369; annexe 145, p. 373-374; annexe 147, p. 380; annexe 148, p. 382-384; annexe 152, p. 396-398.

> a fondness for whale meat, it is far less familiar to the younger generation . . . The aim is to encourage its use mixed with other meats and extol its nutritional superiority as a high-protein low-fat meat . . . With the negative image of whaling and the drift away from whale meat among young people, *the key question is whether* during such adverse times *it will be possible to protect Japan's traditional culture of eating whale meat and carrying out whaling . . . The majority of the budget for scientific whaling is earned from sales of whale meat — courtesy of the Institute of Cetacean Research.*"[25]

In another report published that same year, we are told that the

> "Shimonoseki Marine Sciences Academy . . . has become a major shareholder in Kyodo Senpaku . . . *Japan's only scientific whaling enterprise* . . . [and] will use the data [gathered] on whales . . . *[to] lend further support towards the resumption of commercial whaling.*"[26]

And yet another report from later that year informs us that

> "[a]n unexpected excess sees a forgotten taste gain 'regular' status on pub menus and targeted at school lunches. *The number of food companies and eateries using whale meat is on the rise.* But while whale meat for culinary purposes is being placed on the market, whale meat inventories have also been expanding. *The people involved with whaling are trying hard to expand consumption. Whale meat sales are a very important financial source for research whaling.* Future research whaling is likely to be obstructed unless whale meat consumption increases, and *this is why industry insiders see it as an emergency issue . . . The Institute of Cetacean Research and other related organizations are aiming to expand sales channels [of] whale meat . . . There is also the fact that Japan is seeking the resumption of commercial whaling at the International Whaling Commission.* At the Annual Meeting, which was held in June this year, the joint declaration put forward by Japan and other pro-whaling nations . . . included the statement that *the temporary ban on commercial whaling was 'no longer necessary'.*"[27]

In my opinion, the evidence on record (of which the above quotations constitute only an illustration) plainly supports the conclusion that the output of JARPA II was not only responsive to market forces, but in fact

[25] Memorial of Australia, Vol. III, Ann. 130, pp. 321-322; emphasis added.
[26] *Ibid.*, Ann. 131, p. 325; emphasis added.
[27] *Ibid.*, Vol. III, Ann. 133, pp. 329-331; emphasis added.

tion des baby-boomers et les personnes âgées continuent d'apprécier la viande de baleine, ce n'est pas le cas des jeunes générations... Le but est d'encourager l'utilisation de chair de baleine mélangée à d'autres produits, et de vanter les qualités nutritionnelles de cette viande très protéinée à faible teneur en graisse... Alors que la chasse à la baleine n'a pas bonne presse et que les jeunes boudent la viande de baleine, *la question essentielle est de savoir s'il sera possible*, dans une période si peu propice, *de protéger la culture traditionnelle japonaise en matière de chasse à la baleine et de consommation de chair de baleine... La plus grande partie du budget de la chasse à la baleine scientifique provient de la vente de viande de baleine — avec l'aimable autorisation de l'institut de recherche sur les cétacés.*»[25]

Dans un autre article paru la même année, nous apprenons ceci:

«L'académie des sciences de la mer de Shimonoseki ... est devenue l'un des principaux actionnaires de Kyodo Senpaku ..., *seule société japonaise menant des activités de chasse scientifique* ..., [et] utilisera les données [recueillies] au sujet des baleines ... *[pour] apporter de nouvelles justifications à la reprise de la chasse commerciale.*»[26]

Dans un autre encore, on peut lire:

«Un goût oublié fait un retour inattendu dans les restaurants, et pourrait réapparaître au menu des cantines scolaires. *Le nombre d'entreprises alimentaires et de restaurants qui utilisent la chair de baleine est en hausse.* Mais, si la viande de baleine est écoulée dans le secteur alimentaire, les stocks sont aussi en hausse. *Les acteurs de l'industrie baleinière s'efforcent d'en augmenter la consommation. Les recettes provenant de la vente de viande de baleine sont essentielles au financement de la chasse pratiquée à des fins de recherche.* Celle-ci pourrait péricliter si la consommation de chair de baleine n'augmente pas, et *c'est la raison pour laquelle, aux yeux des spécialistes du secteur, il y a péril en la demeure... L'institut de recherche sur les cétacés et d'autres organisations qui lui sont liées entendent multiplier les circuits de vente... A cela s'ajoute le fait que le Japon s'efforce d'obtenir la reprise de la chasse commerciale devant la commission baleinière internationale.* Lors de la réunion annuelle de celle-ci, qui s'est tenue en juin dernier, le Japon et d'autres nations favorables à la chasse à la baleine ont, dans leur déclaration conjointe, estimé que *l'interdiction temporaire de la chasse commerciale «n'était plus nécessaire».*»[27]

Selon moi, les éléments versés au dossier (dont les citations ci-dessus ne sont que quelques exemples) tendent clairement à établir non seulement que le nombre de prélèvements létaux effectués dans le cadre de JARPA II

[25] Mémoire de l'Australie, vol. III, annexe 130, p. 321-322; les italiques sont de moi.
[26] *Ibid.*, annexe 131, p. 325; les italiques sont de moi.
[27] *Ibid.*, vol. III, annexe 133, p. 329-331; les italiques sont de moi.

the broader auspices of the programme were used as a tool to stimulate the commercial consumption of minke whale meat amongst the Japanese population. These explicitly commercial attributes only further entrench the conclusion that JARPA II is a commercial whaling programme.

5. Conclusion regarding JARPA II as a Commercial Whaling Programme

35. In sum, the analysis above regarding the commercial nature of JARPA II may be distilled into the following propositions:

(i) A correct reading of the ICRW requires that a programme that is not for purposes of scientific research (or aboriginal subsistence) must necessarily be one for commercial purposes.

(ii) The history of JARPA and JARPA II demonstrates a strenuous and persistent opposition to the IWC's moratorium on commercial whaling by the Government of Japan, and a correlative sustained effort on its part to protect whaling as a sacrosanct component of Japanese society "in some form or another".

(iii) The indefinite duration of JARPA II is suggestive of its role as an interim measure to promote some vestige of Japan's whaling industry until the ultimate objective of lifting the moratorium on commercial whaling can be achieved.

(iv) The correlation between JARPA II output and market demand for minke whale meat, as well as the use of ostensibly scientific government agencies operating under the banner of JARPA II, to actively promote whale meat consumption amongst the Japanese populace are by their very nature quintessential hallmarks of commercial enterprise.

36. For these reasons, I am clearly of the opinion that JARPA II is not a programme for purposes of scientific research, but a commercial whaling programme.

(Signed) Dalveer BHANDARI.

était déterminé par le marché, mais même que l'on s'est servi plus largement de ce programme pour stimuler la vente et la consommation de viande de petit rorqual dans la population japonaise. Ces éléments, caractéristiques d'une entreprise commerciale, viennent encore confirmer la nature commerciale de JARPA II.

5 Conclusion quant à la nature commerciale de JARPA II

35. En bref, l'analyse que j'ai développée ci-dessus quant à la nature commerciale de JARPA II peut être synthétisée de la manière suivante:

i) D'une juste interprétation de la convention, il ressort qu'un programme qui n'est pas mené à des fins de recherche scientifique (ou de subsistance aborigène) l'est nécessairement à des fins commerciales.
ii) L'analyse de l'histoire de JARPA et de JARPA II révèle la vigoureuse opposition que le Gouvernement japonais n'a cessé de manifester à l'égard du moratoire sur la chasse commerciale proposé par la CBI, ainsi que les efforts nourris qu'il a déployés en parallèle pour préserver «sous une forme ou sous une autre» cette chasse en tant que sacro-sainte composante de la société japonaise.
iii) L'absence de limite dans le temps de JARPA II tend à indiquer que celui-ci constituait une mesure provisoire visant à préserver quelque vestige de l'industrie baleinière japonaise dans l'attente de la réalisation de l'objectif ultime, à savoir la levée du moratoire sur la chasse commerciale.
iv) La corrélation entre les prélèvements létaux effectués dans le cadre de JARPA II et la demande de viande de petit rorqual, ainsi que l'utilisation d'agences gouvernementales «scientifiques» opérant sous les auspices de JARPA II pour encourager activement la consommation de viande de baleine auprès de la population japonaise sont de par leur nature même des signes clairement révélateurs d'une entreprise commerciale.

36. Pour toutes ces raisons, j'ai acquis la conviction que JARPA II était non pas un programme mené en vue de recherches scientifiques, mais un programme de chasse commerciale.

(Signé) Dalveer BHANDARI.

SEPARATE OPINION OF JUDGE *AD HOC* CHARLESWORTH

Special permit whaling under Article VIII of the ICRW — The use of lethal methods "for purposes of scientific research" under the ICRW must be indispensable to the research — The precautionary approach is relevant to the interpretation of the ICRW — States parties to the ICRW have a duty to co-operate with the IWC and its committees — Japan has breached paragraph 30 of the Schedule to the ICRW.

1. As my vote indicates, I largely agree with the conclusions the Court has reached and its reasoning. There are, however, two areas in which my views differ from those of the majority.

Lethal Methods

2. My first point of difference from the majority turns on the nature of the restrictions on lethal methods in scientific research on whales in Article VIII of the International Convention for the Regulation of Whaling (1946) (ICRW): can lethal methods be used when a State party considers it necessary or only when no other methods for the relevant scientific research are available? Both Parties to this dispute accept that lethal methods may be essential for research on some scientific questions about whales.

3. At the time the ICRW was adopted, scientific research on whales was largely dependent on lethal methods. As the Court notes, however, the ICRW is an evolving instrument (Judgment, para. 45). The most obvious mechanism of evolution is contained in the ICRW itself. Article V gives the International Whaling Commission (IWC) the power to amend the ICRW though the adoption of amendments to the ICRW's Schedule by a three-fourths majority of those IWC members voting (Art. III, para. 2). The Schedule has the same legal status as the Convention by virtue of Article I, paragraph 1.

4. A second, less direct, mode of evolution is through recommendations of the IWC (Art. VI) which are adopted by a simple majority of members voting (Art. III, para. 2). Although such recommendations do not bind IWC members, they are relevant to the interpretation of the ICRW if they come within the terms of Article 31, paragraph 3 *(a)* or *(b)* of the Vienna Convention on the Law of Treaties 1969. Article 31, para-

OPINION INDIVIDUELLE DE Mme LA JUGE *AD HOC* CHARLESWORTH

[Traduction]

Chasse à la baleine au titre d'un permis spécial prévue à l'article VIII de la convention — Nécessité que le recours à des méthodes létales « en vue de recherches scientifiques » autorisé par la convention soit indispensable à ces recherches — Pertinence de l'approche de précaution aux fins de l'interprétation de la convention — Obligation faite aux Etats parties à la convention de coopérer avec la CBI et ses comités — Violation par le Japon du paragraphe 30 du règlement.

1. Comme le montre mon vote, je souscris pour l'essentiel aux conclusions auxquelles la Cour est parvenue et à son raisonnement. Je nourris néanmoins des divergences sur deux points.

Méthodes létales

2. Le premier concerne la nature des restrictions à l'utilisation de méthodes létales dans le cadre de recherches scientifiques sur les baleines que prévoit l'article VIII de la convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine de 1946 (dénommée ci-après la «convention»): peut-il être recouru à de telles méthodes dès lors qu'un Etat partie l'estime nécessaire, ou uniquement lorsqu'il n'existe aucun autre moyen de réaliser la recherche scientifique voulue? Les deux Parties au différend conviennent en tout état de cause que l'usage de méthodes létales peut se révéler indispensable à l'étude de certaines questions scientifiques concernant les baleines.

3. A l'époque de l'adoption de la convention, la recherche scientifique sur les baleines était essentiellement tributaire du recours aux méthodes létales. Toutefois, ainsi que la Cour l'a relevé, la convention est un instrument en constante évolution (arrêt, par. 45), évolution dont le ressort le plus évident est à rechercher dans ses propres dispositions, puisque son article V confère à la commission baleinière internationale (dénommée ci-après la «CBI» ou la «commission») le pouvoir d'adopter des modifications au règlement qui lui est annexé à la majorité des trois quarts des votants (art. III, par. 2) et que, en vertu du paragraphe 1 de son article premier, ledit règlement revêt le même statut juridique que la convention elle-même.

4. Un second mécanisme, moins direct, permet cette évolution: les recommandations de la CBI (art. VI), qui sont adoptées à la majorite simple des membres votants (art. III, par. 2). Bien qu'elles ne soient pas opposables aux membres de la commission, ces recommandations sont pertinentes aux fins de l'interprétation de la convention dès lors qu'elles entrent dans les prévisions des alinéas *a)* ou *b)* du paragraphe 3 de l'ar-

graph 3 *(a)* requires that "any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions" be taken into account in its interpretation, together with the treaty's context. Article 31, paragraph 3 *(b)* takes the same approach to "any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation". Since the moratorium on commercial whaling came into effect in the 1985-1986 pelagic and 1986 coastal seasons, most IWC resolutions on special permit whaling have attracted a number of negative votes, which precludes them as evidence of the parties' agreement on the ICRW's interpretation. However, there remain some significant resolutions that were adopted by consensus and thus must inform the interpretative task. I note that resolutions adopted by a vote of the IWC have some consequence although they do not come within the terms of Article 31, paragraph 3, of the Vienna Convention. Particularly when they are adopted by a large majority of IWC members, the resolutions are relevant to the duty of co-operation, discussed below.

5. The issue of the status of IWC resolutions is of special significance in this case with respect to the use of lethal methods "for purposes of scientific research" under Article VIII. While Article VIII envisages the killing of whales for scientific ends, it must be read in light of developments in the treaty parties' views on lethal research methods. Although the Court acknowledges at a general level that resolutions adopted by consensus or by a unanimous vote "may be relevant for the interpretation of the Convention or its Schedule" (Judgment, para. 46), with respect to lethal research methods it states that any such resolutions "do not establish a requirement that lethal methods be used only when other methods are not available" (*ibid.*, para. 83). In my view, however, the applicable resolutions establish a principle that lethal methods should be of last resort in scientific research programmes under Article VIII. IWC resolution 1986-2 on "Special Permits for Scientific Research" was adopted by consensus and records the views of parties to the ICRW that both permit-issuing Governments and the IWC's Scientific Committee in reviewing permits should take into account whether the relevant scientific research objectives "are not practically and scientifically feasible through non-lethal research techniques". Annex P, the most recent version of the Guidelines for the Review of Scientific Permit Proposals, adopted by consensus by the Scientific Committee and endorsed by the IWC in 2008, requires an assessment of "why non-lethal research methods . . . have been considered to be insufficient". These resolutions and Guidelines give primacy to non-lethal methods in scientific research relating to whaling and insist that permit-issuing States explain why non-lethal methods are inadequate. In turn, the Scientific Committee must assess such explanations against current scientific knowledge and practice. These instruments

ticle 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités de 1969. En effet, lorsqu'il s'agit d'interpréter un traité, il doit être tenu compte, aux termes du premier de ces alinéas, non seulement du contexte, mais aussi de «tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions» et, aux termes du second, de «toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité». Or, si depuis l'entrée en vigueur du moratoire sur la chasse commerciale pendant la saison pélagique 1985-1986 et la saison côtière 1986, la plupart des résolutions de la CBI sur la chasse au titre de permis spéciaux sont loin d'avoir fait l'unanimité, ce qui interdit de les considérer comme manifestations d'un accord intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation de la convention, certaines de celles qui revêtent une importance ont été adoptées par consensus et doivent par conséquent être prises en compte dans notre interprétation. Je relèverai du reste que les résolutions adoptées au terme d'un vote de la CBI ne sont pas sans incidence, même si elles n'entrent pas dans les prévisions du paragraphe 3 de l'article 31 de la convention de Vienne. En particulier lorsqu'elles sont adoptées à une large majorité des membres votants, ces résolutions sont bien pertinentes s'agissant du devoir de coopération, sur lequel je reviendrai plus loin.

5. Cette question du statut des résolutions de la CBI revêt une importance particulière en ce qui concerne le recours à des méthodes létales «en vue de recherches scientifiques» au titre de l'article VIII. Car, si l'article VIII envisage la mise à mort de baleines à des fins scientifiques, il doit être lu à la lumière de l'évolution des vues des parties contractantes quant à l'utilisation de telles méthodes. La Cour reconnaît de manière générale que les résolutions adoptées par consensus ou à l'unanimité «peuvent être pertinentes aux fins de l'interprétation de la convention ou du règlement qui lui est annexé» (arrêt, par. 46), mais affirme, à propos de l'utilisation de ces méthodes, que ces mêmes résolutions ne font pas «obligation de ne recourir à des méthodes létales qu'en l'absence de toute autre solution» (*ibid.*, par. 83). Or, selon moi, les résolutions applicables établissent que, en principe, ce n'est qu'en dernier ressort qu'il doit être recouru à de telles méthodes dans le cadre de programmes de recherche scientifique menés en vertu de l'article VIII. Ainsi, la résolution 1986-2 de la CBI sur les «permis spéciaux en vue de recherches scientifiques», adoptée par consensus, traduit une communauté de vues entre les parties à la convention sur le fait que tant les gouvernements qui délivrent les permis que le comité scientifique de la commission doivent, lorsqu'ils examinent ces permis, rechercher si les objectifs de la recherche scientifique «ne sont pas pratiquement et scientifiquement réalisables par des méthodes de recherche non létales». L'annexe P, la plus récente version en date des lignes directrices relatives à l'examen des propositions de permis, adoptée par consensus par le comité scientifique et endossée par la CBI en 2008, impose quant à elle que soient explicitées «[l]es raisons pour lesquelles les méthodes non létales … ont été jugées insuffisantes». Ces résolutions et lignes directrices privilégient ainsi les méthodes non létales s'agissant de recherches scientifiques relatives à la chasse à la baleine, et les Etats délivrant

thus support an interpretation of Article VIII that lethal methods should be essential to the objectives of the scientific research programme.

6. The precautionary approach to environmental regulation also reinforces this analysis of the conditions in which lethal research methods may be undertaken. The approach was formulated in Principle 15 of the Rio Declaration on Environment and Development in 1992 as "[w]here there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation". The precautionary approach entails the avoidance of activities that may threaten the environment even in the face of scientific uncertainty about the direct or indirect effects of such activities. It gives priority to the prevention of harm to the environment in its broadest sense, including biological diversity, resource conservation and management and human health. The essence of the precautionary approach has informed the development of international environmental law and is recognized implicitly or explicitly in instruments dealing with a wide range of subject-matter, from the regulation of the oceans and international watercourses to the conservation and management of fish stocks, the conservation of endangered species and biosafety.

7. This Court has referred to the precautionary approach in *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)* (although not using this term) and *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina* v. *Uruguay)*. In both these cases, the Court contemplated the interpretation of treaty obligations in light of new approaches to environmental protection. In the *Gabčíkovo-Nagymaros (Hungary/Slovakia)* case, dealing with a bilateral treaty signed in 1977, the Treaty on the Construction and Operation of the Gabčíkovo-Nagymaros Barrage System, the Court stated:

> "The Court is mindful that, in the field of environmental protection, vigilance and prevention are required on account of the often irreversible character of damage to the environment and of the limitations inherent in the very mechanism of reparation of this type of damage.
>
> Throughout the ages, mankind has, for economic and other reasons, constantly interfered with nature. In the past, this was often done without consideration of the effects upon the environment. Owing to new scientific insights and to a growing awareness of the risks for mankind — for present and future generations — of pursuit of such interventions at an unconsidered and unabated pace, new norms and standards have been developed, set forth in a great number

des permis sont instamment appelés à expliquer pourquoi de telles méthodes leur apparaissent inadaptées — à charge ensuite pour le comité scientifique d'apprécier la validité de ces explications à la lumière de la pratique et des connaissances scientifiques du moment. Ces instruments tendent donc à confirmer l'interprétation de l'article VIII selon laquelle les méthodes létales ne devraient être employées que si elles sont essentielles à la réalisation des objectifs du programme de recherche scientifique.

6. L'approche de précaution adoptée en matière de réglementation des questions environnementales va dans le même sens. Elle a été exprimée en ces termes dans le principe 15 de la déclaration de Rio sur l'environnement et le développement de 1992: «En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement.» Cette approche suppose d'éviter toute activité préjudiciable à l'environnement, fût-ce en l'absence de certitudes scientifiques quant aux effets directs ou indirects de telles activités. Priorité est donnée à la protection contre tout dommage à l'environnement au sens le plus large, recouvrant diversité biologique, conservation et gestion des ressources et santé humaine. Les principes sous-tendant cette approche ont façonné l'évolution du droit international de l'environnement, et ont été implicitement ou expressément reconnus dans des instruments traitant de questions très diverses, allant de la réglementation de l'utilisation des océans et des cours d'eau internationaux à la conservation et la gestion des ressources halieutiques, en passant par la conservation des espèces menacées d'extinction et la biosécurité.

7. La Cour s'est référée à l'approche de précaution (quoique sans la désigner ainsi) dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)* et dans celle des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*. Dans l'une comme dans l'autre, elle a abordé l'interprétation d'obligations conventionnelles à la lumière de nouvelles manières de concevoir la protection de l'environnement. Dans son arrêt en l'affaire *Gabčíkovo-Nagymaros*, à propos d'un traité bilatéral signé en 1977, le traité relatif à la construction et au fonctionnement du système d'écluses éponyme, elle a dit:

> «La Cour ne perd pas de vue que, dans le domaine de la protection de l'environnement, la vigilance et la prévention s'imposent en raison du caractère souvent irréversible des dommages causés à l'environnement et des limites inhérentes au mécanisme même de réparation de ce type de dommages.
>
> Au cours des âges, l'homme n'a cessé d'intervenir dans la nature pour des raisons économiques et autres. Dans le passé, il l'a souvent fait sans tenir compte des effets sur l'environnement. Grâce aux nouvelles perspectives qu'offre la science et à une conscience croissante des risques que la poursuite de ces interventions à un rythme inconsidéré et soutenu représenterait pour l'humanité — qu'il s'agisse des générations actuelles ou futures —, de nouvelles normes et exigences ont été mises

> of instruments during the last two decades. Such new norms have to be taken into consideration, and such new standards given proper weight, not only when States contemplate new activities but also when continuing with activities begun in the past." (*Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997*, p. 78, para. 140.)

8. In the *Pulp Mills* case, the Court considered that "a precautionary approach may be relevant in the interpretation and application of the provisions of [the 1975 Statute of the River Uruguay]" (*Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010 (1)*, p. 71, para. 164). It went on to state that:

> "the obligation to protect and preserve, [under the Statute] [. . .], has to be interpreted in accordance with a practice, which in recent years has gained so much acceptance among States that it may now be considered a requirement under general international law to undertake an environmental impact assessment where there is a risk that the proposed industrial activity may have a significant adverse impact in a transboundary context, in particular, on a shared resource" (*ibid.*, p. 83, para. 204).

9. These observations suggest that treaties dealing with the environment should be interpreted wherever possible in light of the precautionary approach, regardless of the date of their adoption. This is also consistent with the Court's statement in *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*: "an international instrument has to be interpreted and applied within the framework of the entire legal system prevailing at the time of the interpretation" (*Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971*, p. 31, para. 53).

10. Both Parties to this dispute endorsed the precautionary approach at a theoretical level, although they disagreed about its application to the facts. In my view, the precautionary approach requires that non-lethal methods of research be used wherever possible. In relation to Article VIII, which contemplates the killing of the subject of research by the research activity, an implication of the precautionary approach is that lethal methods must be shown to be indispensable to the purposes of scientific research on whales.

Duty of Co-operation

11. The second point on which I differ from the majority is whether Japan has acted consistently with paragraph 30 of the Schedule to the ICRW. Paragraph 30 sets out the process by which States parties submit

au point, qui ont été énoncées dans un grand nombre d'instruments au cours des deux dernières décennies. Ces normes nouvelles doivent être prises en considération et ces exigences nouvelles convenablement appréciées non seulement lorsque des Etats envisagent de nouvelles activités, mais aussi lorsqu'ils poursuivent des activités qu'ils ont engagées dans le passé.» (*Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), arrêt, C.I.J. Recueil 1997*, p. 78, par. 140.)

8. Dans l'affaire des *Usines de pâte à papier*, la Cour a estimé qu'«une approche de précaution p[ouvait] se révéler pertinente pour interpréter et appliquer les dispositions du statut [du fleuve Uruguay de 1975]» (*Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), arrêt, C.I.J. Recueil 2010 (1)*, p. 71, par. 164). Et d'ajouter:

«l'obligation de protéger et de préserver, énoncée à l'alinéa *a)* de l'article 41 du statut, doit être interprétée conformément à une pratique acceptée si largement par les Etats ces dernières années que l'on peut désormais considérer qu'il existe, en droit international général, une obligation de procéder à une évaluation de l'impact sur l'environnement lorsque l'activité industrielle projetée risque d'avoir un impact préjudiciable important dans un cadre transfrontière, et en particulier sur une ressource partagée» (*ibid.*, p. 83, par. 204).

9. Il s'ensuit que les traités intéressant l'environnement doivent, autant que possible, être interprétés à la lumière de l'approche de précaution, indépendamment de la date à laquelle ils ont été adoptés. C'est également ce que tend à confirmer le *dictum* de la Cour en l'affaire des *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, qui indique que «tout instrument international doit être interprété et appliqué dans le cadre de l'ensemble du système juridique en vigueur au moment où l'interprétation a lieu» (*avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971*, p. 31, par. 53).

10. Les deux Parties au présent différend ont fait leur l'approche de précaution à un niveau théorique, tout en restant en désaccord quant à son application aux faits de l'espèce. Selon moi, cette approche impose de recourir dans la mesure du possible à des méthodes de recherche non létales. Aussi, s'agissant de l'article VIII, qui ménage la possibilité de mettre à mort le sujet d'étude dans le cadre de l'activité de recherche, y a-t-il lieu de démontrer que l'utilisation de méthodes létales est indispensable à la réalisation des objectifs des recherches scientifiques menées sur les baleines.

DEVOIR DE COOPÉRATION

11. Mes vues diffèrent également de celles de la majorité sur le point de savoir si le Japon a agi conformément aux dispositions du paragraphe 30 du règlement annexé à la convention. Ce paragraphe, qui définit la procédure

proposed scientific permits to the IWC's Scientific Committee for review and comment. In my view, paragraph 30 must be read in light of a duty of co-operation of States parties to the ICRW with the IWC and its committees. While the Judgment of the Court recognizes such a duty of co-operation (paras. 83 and 240), it does not specifically address Japan's compliance with the duty. As the duty of co-operation is a critical element of the fabric of the ICRW, it merits some elaboration.

12. The ICRW was designed as a new form of international regulation of whaling after the failure of two earlier attempts. The Convention for the Regulation of Whaling (1931), prepared under the auspices of the League of Nations, and the International Agreement for the Regulation of Whaling (1937) (amended by several protocols) had relied on the parties' national regulatory systems for enforcement. Although they laid the foundations for international co-operation to bring scientific knowledge to bear on the whaling industry, neither instrument was able to respond to rampant commercial whaling. The ICRW departed from these treaties' national enforcement schemes by creating an international institution, the IWC, of which each treaty party was a member. The fact that membership of the ICRW is open to all States reinforces its purpose of internationalizing the regulation of whaling beyond those States directly involved in whaling. As noted above, the IWC has the power to regulate whaling closely through amending the Schedule to the ICRW. The IWC can deploy a variety of mechanisms to this end, including the designation of protected species and sanctuaries, or setting annual catch quotas and size limits (Art. V, para. 1).

13. Article VIII of the ICRW was based on Article 10 of the 1937 Agreement, which aimed to promote scientific research. An important difference in the ICRW provision is the monitoring role of the IWC in relation to whaling for purposes of scientific research. This entails a duty of co-operation by States parties with the IWC and its subsidiary bodies reflecting the overarching object and purpose of the Convention, which is to create "a system of international regulation" for the conservation and management of whale stocks (Preamble, para. 6). The concept of a duty of co-operation is the foundation of legal régimes dealing *(inter alia)* with shared resources and with the environment. It derives from the principle that the conservation and management of shared resources and the environment must be based on shared interests, rather than the interests of one party. Article VIII incorporates a specific aspect of this duty in mandating immediate reporting to the IWC of the grant of any special permits for lethal activities for purposes of scientific research (Art. VIII, para. 1). Article VIII, paragraph 3, makes another element of this duty explicit in providing that States parties

en vertu de laquelle les Etats parties soumettent des propositions de permis scientifiques au comité scientifique de la CBI pour examen et commentaires, doit, selon moi, être interprété à la lumière du devoir de coopération avec la commission et ses comités qui incombe aux Etats parties à la convention. Or, si la Cour, dans l'arrêt, reconnaît l'existence d'un tel devoir (par. 83 et 240), elle ne se pose pas spécifiquement la question de savoir si le Japon l'a respecté. Cependant, le devoir de coopération constitue un élément essentiel du régime de la convention, et méritait un développement à part.

12. Intervenant après l'échec de deux tentatives d'instituer une réglementation internationale de la chasse à la baleine, la convention devait constituer un mécanisme d'un genre nouveau. La convention pour la réglementation de la chasse à la baleine de 1931, établie sous les auspices de la Société des Nations, et l'accord international pour la réglementation de la chasse à la baleine de 1937 (tel que modifié par plusieurs protocoles) dépendaient des systèmes de réglementation nationale des parties. S'ils ont jeté les fondements d'une coopération internationale où les connaissances scientifiques devraient influer sur les activités de l'industrie baleinière, ils n'ont ni l'un ni l'autre été en mesure de freiner la chasse commerciale effrénée qui se pratiquait alors. La convention de 1946 se distinguait de ces instruments, tributaires, de mécanismes nationaux, en ce qu'elle établissait une institution internationale, la CBI, dont chacun des Etats parties au traité était membre. Le fait que la convention soit ouverte à tous les Etats met aussi en évidence cet objectif consistant à internationaliser la réglementation de la chasse à la baleine, au-delà des seuls Etats se livrant directement à des activités de chasse. Ainsi que je l'ai déjà noté, la commission a le pouvoir d'encadrer strictement cette chasse en modifiant le règlement annexé à la convention. Elle dispose de divers moyens, dont la désignation d'espèces protégées et la création de zones de refuge, ou encore la fixation de quotas annuels et de tailles minimales (art. V, par. 1).

13. L'article VIII de la convention est inspiré de l'article 10 de l'accord de 1937, qui visait à promouvoir la recherche scientifique, à cela près — mais la différence est de taille — qu'il accorde à la CBI un rôle de surveillance lorsque des activités de chasse sont menées aux fins d'une telle recherche. Ce rôle implique le devoir, pour les Etats parties, de coopérer avec la CBI et ses organes subsidiaires, conformément à l'objet et au but fondamentaux de la convention, qui consistent à créer un «système de réglementation internationale» visant à la conservation et à la gestion des stocks de baleines (préambule, alinéa 6). La notion de devoir de coopération est la pierre angulaire de tout régime juridique touchant notamment aux ressources communes et à l'environnement. Elle découle du principe voulant que la conservation et la gestion de l'environnement et de ressources communes répondent à des intérêts communs, et non pas aux intérêts d'une seule partie. L'article VIII en intègre une manifestation spécifique, lorsqu'il impose l'obligation de rendre immédiatement compte à la CBI de l'octroi de tous permis spéciaux autorisant des activités létales en vue de recherches scientifiques (art. VIII, par. 1). Son paragraphe 3 en décrit explicitement un autre aspect, lorsqu'il dispose que les Etats parties,

> "shall transmit to such body as may be designated by the Commission [the Scientific Committee], in so far as practicable, and at intervals of not more than one year, scientific information available to that Government with respect to whales and whaling, including the results of research conducted pursuant to [Art. VIII, para. 1] and to Article IV [general whaling research]".

Resolutions adopted by the IWC under Article VI, whether by consensus or by vote, may also inform the duty of co-operation. The resolutions express the views of the IWC and, when adopted by consensus or a large majority vote, they represent an articulation of the shared interests at stake in the regulation of whaling. States parties to the ICRW are thus required to consider these resolutions in good faith.

14. The duty of co-operation in relation to lethal whaling for purposes of scientific research was given further definition by paragraph 30, inserted in the Schedule in 1979. The object of paragraph 30 was to deter abuse of Article VIII by States parties authorizing commercial whaling in the guise of scientific research (P. W. Birnie, *International Regulation of Whaling: From Conservation of Whaling to Conservation of Whales and Regulation of Whale Watching*, 1985, Vol. 1, p. 190). While the Scientific Committee's views on special permit proposals are not legally binding on States parties under the terms of paragraph 30, the IWC has empowered the Committee to review and comment on such proposals, thereby creating an obligation on the proposing State to co-operate with the Committee. If the proposing State had no such obligation, it would deprive paragraph 30 of any effect.

15. In this context, the duty of co-operation at the heart of paragraph 30 requires a permit-authorizing State to provide the IWC with the permits "before they are issued and in sufficient time to allow the Scientific Committee to review and comment on them"; to provide specified information about the proposed scientific permits; to engage and promote the participation of the international scientific community in the research; and to give consideration in good faith to the views of the IWC and the Scientific Committee. This means that, although a State is not bound to accept the Committee's assessment of proposed permits, it must show genuine willingness to reconsider its position in light of those views. The duty entails keeping the Scientific Committee apprised of the results of scientific research on an annual basis. The duty also implies that permit-authorizing States should provide the Scientific Committee with timely and accurate information about modifications in the implementation of scientific research programmes already reviewed by the Committee and the implications for the authorization of special permits. States may not take a narrow or formalistic approach to the duty of co-operation. It is a substantive duty to consider the views of the IWC and

«[d]ans toute la mesure du possible,... devr[ont] transmettre à l'organisme que la commission pourra désigner à cet effet [le comité scientifique], à des intervalles d'un an au maximum, les renseignements de caractère scientifique dont il[s] disposer[ont] sur les baleines et la chasse à la baleine, y compris les résultats des recherches effectuées en application du paragraphe 1 d[e l']article VIII et de l'article IV [recherches générales sur la chasse à la baleine]».

Les résolutions adoptées par la CBI au titre de l'article VI, qu'elles le soient par consensus ou par vote, permettent également de mieux cerner la teneur de ce devoir de coopération. Ces résolutions expriment le point de vue de la commission et, lorsqu'elles sont adoptées par consensus ou à une large majorité, incarnent l'expression des intérêts communs en jeu en matière de réglementation de la chasse à la baleine. Aussi les Etats parties à la convention ont-ils l'obligation d'en tenir compte de bonne foi.

14. Le devoir de coopération s'imposant aux Etats en matière de chasse à la baleine à des fins de recherche scientifique a encore été précisé au paragraphe 30, qui a été intégré au règlement en 1979 dans le dessein d'empêcher que les Etats parties n'abusent de l'article VIII en autorisant la chasse commerciale sous le couvert de recherches scientifiques (P. W. Birnie, *International Regulation of Whaling: From Conservation of Whaling to Conservation of Whales and Regulation of Whale Watching*, 1985, vol. 1, p. 190). Si, selon les dispositions de ce paragraphe, les avis du comité scientifique sur les propositions de permis spéciaux ne sont pas juridiquement contraignants pour les Etats parties, la CBI n'en a pas moins conféré au comité le pouvoir d'examiner et de commenter lesdites propositions, créant ainsi pour l'Etat qui en est l'auteur l'obligation de coopérer avec cet organisme. En l'absence d'une telle obligation, le paragraphe 30 serait dépourvu de tout objet.

15. Or, en vertu de ce devoir de coopération qui se trouve au cœur du paragraphe 30, l'Etat qui délivre les permis est tenu de fournir ceux-ci à la CBI «avant leur délivrance et dans un délai suffisant pour permettre au comité scientifique de les examiner et de formuler un avis» à leur égard; de fournir des informations précises sur les propositions de permis scientifiques; d'encourager et de promouvoir la participation de la communauté scientifique internationale à la recherche; et de tenir compte, de bonne foi, des avis de la CBI et du comité scientifique. En d'autres termes, s'il n'est pas obligé d'accepter l'avis du comité, un Etat doit néanmoins faire preuve d'une véritable volonté de revoir ses propositions à la lumière de celui-ci. Le devoir de coopération lui impose de maintenir le comité scientifique informé des résultats de la recherche scientifique sur une base annuelle. Il suppose aussi qu'il lui fournisse en temps voulu des informations exactes sur d'éventuelles modifications apportées aux modalités d'exécution de programmes de recherche scientifique déjà examinés par le comité et sur leurs implications pour l'octroi de permis spéciaux. Les Etats n'ont pas à appréhender sous un angle restrictif ou formaliste ce devoir de nature substantielle qui impose l'obligation de tenir compte de

the Scientific Committee and to co-operate with the international scientific community in any research on whales.

16. The Judgment of the Court states that "consideration by a State party of revising the original design of the programme for review would demonstrate co-operation by a State party with the Scientific Committee" (para. 240), but it nevertheless finds that Japan has met the requirements of paragraph 30 with respect to permits issued under JARPA II. In this connection, the Court observes that the submission of the JARPA II Research Plan as the basis for annual permits accords with the practice of the Scientific Committee.

17. In my respectful view, however, the evidence indicates that Japan has not complied with the duty of co-operation with the Scientific Committee and thus that it has breached paragraph 30. First, JARPA II was launched before a review of JARPA by the Scientific Committee had taken place, and there is no sign that the findings of that review were taken into account as JARPA II continued. Second, while the JARPA II Research Plan provided the information specified in paragraph 30 (for example, objectives, sample sizes, methods and possible effects of the programme), as the Court has observed, there was no evidence of Japan's meaningful consideration of the feasibility of non-lethal methods in the design of JARPA II (paras. 137 to 141). Third, paragraph 30 provides that "opportunities for participation in the research by scientists of other nations" should be specified in proposed permits. This matter is reinforced in the Annex P Guidelines. The JARPA II Research Plan referred to the use of data from the Commission on the Conservation of Antarctic Marine Living Resources relating to krill predators (p. 10) and Japan's intention "to actively co-operate with international organizations and projects on oceanographic surveys" (p. 15). The Research Plan also noted that "[p]articipation of foreign scientists will be welcomed" if they meet Japan's qualification standards (p. 20). However, there is no evidence of international scientific collaboration in JARPA II's implementation. In response to a question on this issue from a Member of the Court, Japan pointed to JARPA II scientists' collaboration with other Japanese institutions, but did not identify any broader research participation. Finally, as is noted in the Court's Judgment, the conduct of JARPA II has differed in substantial ways from the scheme set out in the Research Plan and yet Japan has not modified the terms of its permits accordingly (para. 240). Japan's continued reliance on JARPA II's original Research Plan as a basis for subsequent annual permits is inconsistent with the duty of co-operation. For these reasons, I am unable to join my colleagues in voting for paragraph 6 of the *dispositif*.

(Signed) Hilary CHARLESWORTH.

l'avis de la CBI et du comité scientifique, et de coopérer avec la communauté scientifique pour toute recherche concernant les baleines.

16. Dans l'arrêt, et bien qu'elle déclare qu'«un Etat partie qui soumettrait à l'examen du comité scientifique un projet revisé montrerait sa volonté de coopérer avec celui-ci» (par. 240), la Cour conclut néanmoins que le Japon a satisfait à cette exigence du paragraphe 30 pour ce qui est des permis délivrés au titre de JARPA II: en communiquant le plan de recherche de JARPA II, sur la base duquel sont délivrés les permis annuels, il se serait conformé à la pratique vis-à-vis du comité scientifique.

17. Or, à mon humble avis, il ressort du dossier que le Japon ne s'est pas acquitté de son devoir de coopération à l'égard du comité scientifique et que, partant, il a violé le paragraphe 30. Pour commencer, JARPA II a été lancé avant que le comité scientifique n'eût mené à bien son examen de JARPA, rien ne permettant du reste de conclure que les résultats de cet examen aient été pris en compte par la suite. De surcroît, si le plan de recherche de JARPA II fournissait bien les informations visées au paragraphe 30 (objectifs de la recherche, tailles des échantillons, méthodes utilisées et effets potentiels du programme, par exemple), il n'a nullement été prouvé, comme l'a d'ailleurs relevé la Cour, que la possibilité de recourir à des méthodes non létales ait été effectivement envisagée au moment de la conception de JARPA II (par. 137-141). Qui plus est, aux termes du paragraphe 30, «les possibilités de participation aux recherches de scientifiques provenant d'autres pays» doivent être précisées dans les propositions de permis, ce que réaffirment les lignes directrices contenues à l'annexe P. Or, si le plan de recherche de JARPA II mentionne l'utilisation de données de la commission pour la conservation de la faune et de la flore marines de l'Antarctique (p. 10) et l'intention exprimée par le Japon de «coopérer activement avec des organisations internationales et de participer activement à des projets dans le cadre d'études océanographiques» (p. 15), ajoutant que «[l]a participation de scientifiques étrangers sera la bienvenue» dès lors que ceux-ci remplissent les conditions d'admissibilité établies par le Japon (p. 20), rien ne permet de conclure à l'existence d'une collaboration scientifique internationale s'agissant de la mise en œuvre de JARPA II. En réponse à une question d'un membre de la Cour sur ce point, le Japon a évoqué la collaboration entre des chercheurs de JARPA II et d'autres institutions japonaises, mais sans mentionner le moindre exemple de collaboration plus large. Enfin, ainsi qu'il ressort de l'arrêt, la façon dont JARPA II a été mis en œuvre diffère par plusieurs aspects importants de ce qui était initialement prévu dans le cadre du plan de recherche, sans pour autant que le Japon ait modifié en conséquence les modalités d'octroi de ses permis (par. 240). En continuant de délivrer chaque année de nouveaux permis sur la base du plan de recherche initial de JARPA II, le Japon a ainsi manqué à son devoir de coopération. Pour ces raisons, je ne puis m'associer à la majorité pour voter en faveur du point 6 du dispositif.

(*Signé*) Hilary CHARLESWORTH.

PRINTED IN FRANCE

ISSN 0074-4441
ISBN 978-92-1-071178-4